Heft 33 [2313] 64. Jahrgang 17. August 1935

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt Dr. Walter Raeke, M. d. R., unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates: Rechtsanwälte Dr. Droege, Hamburg; Dr. Hawlitzky, Forst i. L.; Dr. Mößmer, München; Prof. Dr. Erwin Noack, Halle a. S.; Dr. Römer, M. d. R., Hagen; Dr. Rudat, Königsberg/Pr.; Wilh. Scholz, Berlin; Dr. Emil Schwartz, Prenzlau, und Patentanwalt Dr. Ullrich, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217

Zum XI. Internationalen Kongreß für Strafrecht und Gefängniswesen in Berlin vom 18.—24. August 1935

Im dritten Jahr seit der Machtergreifung begrüßt das junge nationalsozialistische Deutschland den Internationalen Strafrechtskongreß, zu dem 40 Kulturstaaten der ganzen Welt mehr als 600 Delegierte nach der Reichshauptstadt entsenden. Inmitten der sechstägigen Kongreßverhandlungen, für die der Führer und Reichskanzler den Sitzungssaal des deutschen Reichstages zur Verfügung gestellt hat, steht am 21. August — nach Empfängen der Reichsregierung und des Reichsjustizministeriums — eine Arbeitssitzung der Akademie für Deutsches Recht, in welcher der Reichsjuristenführer, Reichsminister Dr. Frank, über „Zwischenstaatliche Strafrechtspolitik" sprechen wird. Am Abend desselben Tages findet ein festlicher Empfang des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen und der Akademie für Deutsches Recht in den Kroll-Festsälen statt.

Der letzte Internationale Strafrechtskongreß wurde im Jahre 1930 in Prag abgehalten. Diese nüchterne Feststellung führt den bei rückschauender Betrachtung kaum faßlichen Aufschwung vor Augen, den die deutsche Rechtsentwicklung seit dem Tiefstand im Jahre 1930 genommen hat. Damals war die deutsche Strafrechtsreform nach jahrzehntelangem Bemühen und parlamentarischen Kuhhandeleien glücklich bis zur 2. Lesung im „glorreichen" Strafrechtsausschuß gediehen, um durch die in diesem Stadium wieder einmal — aus sogenannten innerpolitischen Notwendigkeiten — erfolgende Auflösung des Reichstages sabotiert zu werden. Heute nach kaum 2½ Jahren nationalsozialistischer Herrschaft: Verwirklichung der Sehnsucht des deutschen Volkes nach einem wahrhaft volksverbundenen, von dem Leitsatz der Treuverpflichtung gegenüber der Volksgemeinschaft beherrschten Zivil- und Strafrecht! Die von Monat zu Monat in gründlichster fachlicher Arbeit, an welcher der Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen hervorragend beteiligt ist, zunehmende Verwirklichung des vom Reichsjuristenführer Dr. Frank proklamierten Grundsatzes: „Durch Nationalsozialismus dem deutschen Volk das deutsche Recht!"

600 berufene Vertreter von 40 Staaten der Welt treffen gerade rechtzeitig in Deutschland ein, um durch unbefangene Prüfung den Inhalt der am 1. Oktober d. J. in Kraft tretenden nationalsozialistischen Gesetzgebung auf dem Gebiete des Strafrechts und Strafprozesses in sich aufzunehmen, einer Gesetzgebung, der in der vorliegenden Ausgabe der „Juristischen Wochenschrift" zu Ehren der Kongreßteilnehmer eine Reihe von fachlichen Aufsätzen aus berufener Feder gewidmet ist.

Auch die deutsche Rechtsanwaltschaft heißt die ausländischen Delegierten des XI. Internationalen Kongresses für Strafrecht und Gefängniswesen herzlich willkommen und bittet sie, offenen Auges und ohne Voreingenommenheit alles das auf sich wirken zu lassen, was das junge nationalsozialistische Deutschland unter seinem großen und geliebten Führer in der kurzen Zeit seit der Machtergreifung auf dem Gebiet des Rechts, insbesondere des Strafrechts, geschaffen hat und durch die im Fluß befindlichen Arbeiten in kürzester Frist weiterhin schaffen wird.

Rechtsanwalt Dr. Raeke-Hamburg,
als Herausgeber der „Juristischen Wochenschrift".

Partei und Staat im Dritten Reich

Von Rechtsanwalt Reuß, Dozent der Verwaltungsakademie Berlin

Die Verfassungswirklichkeit des Dritten Reiches ist mit den juristischen Denkformen der Vergangenheit nicht zu meistern. Dies folgt aus der „Wesensänderung der staatsrechtlichen Gesamtstruktur des Reiches"[1]), die mit der Einführung des Einparteisystems in Deutschland verbunden war[2]).

Kaum ein anderer Gegenstand bestätigt so sehr die Richtigkeit des vorangestellten Satzes wie das Verhältnis von Partei und Staat. Es ist der grundlegende Fehler zahlreicher Untersuchungen über diese Kernfrage des geltenden Verfassungsrechts, daß sie in ihrer begrifflichen Apparatur dem Gestaltwandel der politischen Wirklichkeit nicht hinreichend Rechnung tragen. Das rechtliche Wesen und die verfassungsmäßigen Aufbauprinzipien des Dritten Reiches wird nur erfassen, wer darauf verzichtet, die gedanklichen Behelfe der Vergangenheit kritiklos auf die völlig veränderte Verfassungslage des heutigen Deutschen Reiches anzuwenden. Begriffe sind Formen des ordnenden Geistes, mit denen unser Denken die Wirklichkeit bewältigt. Sie sind daher an die Wirklichkeit gebunden, die ihnen als Deduktionsbasis gedient hat.

Die „Wandlung des Parteienstaates zum Staat der Partei" hat vor allem auch „das Wesen des Staates als Begriff völlig geändert"[3]). Die Besinnung auf diese Wesensänderung des Staatsbegriffs muß am Anfang jeder Erörterung des Verhältnisses von Partei und Staat stehen. Denn jeder, der sich um die rechtliche Klarstellung dieses Verhältnisses bemüht, muß zunächst wissen, was unter der Größe „Staat" zu verstehen ist, zu der er die Partei in Beziehung setzt.

Reinhard Höhn hat wiederholt[4]) darauf hingewiesen, daß der germanische Staat „ein System von Gemeinschaften, der Gemeinschaft der Familie, der Sippe, des Stammes" gewesen ist. Der Staat war damals mit der konkreten Einheit des Gemeinschaftssystems identisch. Die Gemeinschaften des germanischen Staates bildeten somit die von seinem Wesen unabtrennbare Substanz. Daher war dem germanischen Staatsbegriff gegenüber eine Aufspaltung nach Form und Inhalt, Gehalt und Gestalt unmöglich: der Staat war „das Volk in Gemeinschaft"[5]). In ihm war die Gemeinschaft für den Einzelnen nicht ein bloßer „modus" seiner Existenz, sondern „die ihn durchdringende Substanz"[6]). Darum ist auch die in einem solchen Gemeinschaftsstaat vorhandene Bindung des Einzelnen keine Unterwerfung unter eine heteronome Macht, sondern eine Bindung an die „Substanz seines eigenen Seins"[7]).

Im Laufe der Zeit fielen diese naturhaften Bindungen an eine konkrete Gemeinschaft einem geschichtlichen Zersetzungsprozeß zum Opfer. Der Einzelne löste sich in der Haltung seines Geistes, seines Willens und seiner Seele aus dem Verwobensein in die Gemeinschaft und fühlte sich schließlich als „in sich ruhende Einzelpersönlichkeit"[8]). Er erblickte das Wesen der Persönlichkeit darin, „sich selbst eigener Grund zu sein"[9]). So zerfiel der Ur-Nomos der Gemeinschaft und mit ihm der Existenzgrund für eine wahrhaft legitimierte, d. h. am Volkstum ausgerichtete und aus ihm gerechtfertigte Herrschaft. Mit dem Zerfall der Gemeinschaft war zugleich der Wurzelboden für den staatlichen Absolutismus geschaffen. Der absolute Herrscher wurzelte nicht in dem Volk, sondern thronte über ihm. Er war ebenso „eine individuelle, nur auf sich selbst gestellte, von allen Bindungen gelöste Einzelpersönlichkeit"[10]), wie das zum Atom zerstäubte frühere Glied einer Gemeinschaft, der „Untertan". Aus dieser historischen Situation erwuchs die Vorstellung vom „Staat" als dem „vom absoluten Fürsten aufgebauten und ihm dienstbaren Apparat"[11]). Der Staat war gleichbedeutend mit dem „absolutistischen Staatsapparat"[12]). So entstand die erste Form des „instrumentalen Staatsbegriffs". Der Staat war ein Befehlsmechanismus in der Hand des Fürsten. Als solcher wurde er vom „souveränen" Fürsten zu ihm genehmen Zwecken eingesetzt.

Diese instrumentale Staatsauffassung hat ihre Entstehungszeit, das Zeitalter des Absolutismus, überlebt. Denn auch für das liberale Bürgertum war der Staat ein „Instrument", nämlich ein Instrument der Gesellschaft für ihre vorwiegend materiellen Zwecke. Die gleiche Staatsauffassung beherrschte den Marxismus, der im Staat lediglich ein Instrument der Kapitalistenklasse zur Niederhaltung des Proletariats erblickte.

Seit Beginn des vorigen Jahrhunderts läuft jedoch neben dieser instrumentalen Staatsauffassung eine andere Staatsauffassung einher, die sich in gewissem Sinne als eine Neubelebung der germanischen Staatsidee darstellt: die Auffassung, daß der Staat mit der Ganzheit des politischen Volkes identisch sei. Vor allem in der Zeit der politischen Romantik kam die Vorstellung auf, daß „der Staat eine organische und totale Wesenheit"[13]) sei. So erklärte Adam Müller[14]): „Der Staat ist die Totalität der menschlichen Angelegenheiten, ihre Verbindung zu einem lebendigen Ganzen". Und von Hegel stammt der allzuoft übersehene Satz: „Das geistige Individuum, das Volk, insofern es in sich gegliedert, ein organisches Ganzes ist, nennen wir Staat"[15]).

Man sieht: seit mehr als hundert Jahren laufen zwei Staatsbegriffe nebeneinander her, der instrumentale und der umfassende politische Staatsbegriff. Bei diesem politischen Staatsbegriff, der an der Ganzheit des politischen Volkes ausgerichtet ist, muß stets beachtet werden, daß ihm ein völlig anderes Substrat zugrunde liegt als dem erörterten instrumentalen Staatsbegriff, der nur auf die staatliche Apparatur, das staatliche Behörden- und Ämterwesen, bezogen ist. Es handelt sich also bei der politischen Staatsauffassung einerseits und der instrumentalen Staatsauffassung andererseits der Sache nach nicht um wirkliche Gegensätze, sondern um begriffliche Erfassungen völlig verschiedener Substrate. Diese beiden Grundanschauungen vom Wesen des Staates sind uns bis in die Gegenwart erhalten geblieben. Es handelt sich bei ihnen im Grunde um die Wahl eines einheitlichen Etiketts für zwei völlig verschiedene Sachverhalte. Die genaue Kenntnis dieser Tatsache ist die Voraussetzung für die Entwirrung so vieler Irrtümer und Mißverständnisse, die noch im allerjüngsten Schrifttum anzutreffen sind. Wer sich das dargelegte Verhältnis der beiden Begriffe stets vor Augen hält, wird bald erkennen, wie sehr die zahlreichen Erörterungen über den nationalsozialistischen Staatsbegriff darunter leiden, daß die angeblichen Gegner lediglich die wechselseitigen Ausgangs-

---

1) StSekr. Dr. Stuckart: Deutsche Verwaltung 35, 196: Partei und Reich.

2) Ges. gegen die Neubildung von Parteien v. 14. Juli 1933 (RGBl. I, 479); vgl. dazu die Erläuterungen im Text der Abhandlung.

3) Frhr. du Prel: JW. 1934, 2291: Vom Parteienstaat zum Staat der Partei.

4) Höhn, Vom Wesen der Gemeinschaft; derselbe, Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft; derselbe: Deutsches Recht 34, 322: Der Staat als Rechtsbegriff.

5) Höhn: Deutsches Recht a. a. O. S. 324.

6) Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl., S. 63 unten.

7) Larenz a. a. O. S. 165.

8) Höhn, Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, S. 37.

9) Höhn a. a. O.

10) Höhn: Deutsches Recht a. a. O. S. 322.

11) Raschhofer, NS.-Handbuch für Recht und Gesetzgebung, S. 100.

12) Raschhofer a. a. O.

13) Huber: ZStaatsW. 95, 4.

14) Adam Müller, Elemente der Staatskunst, 1809. Ausgabe von Jacob Baxa, 1922, Bd. 1, S. 481; vgl. auch a. a. O. S. 187.

15) Hegel, Philosophie der Weltgeschichte (Ausgabe Lasson, 3. Aufl., 1930), Bd. 1, S. 93.

punkte verkennen und darum aneinander vorbeireden. Es wird sich zeigen, daß nur mit einer genauen Kenntnis des dargelegten Unterschiedes eine klare Auffassung über das Verhältnis von Partei und Staat zu gewinnen ist.

Bei der Prüfung dieses Verhältnisses ist auszugehen von den beiden Gesetzen v. 14. Juli 1933 (RGBl. I, 479) und 1. Dez. 1933 (RGBl. I, 1016). Das Gesetz v. 14. Juli 1933 richtet sich „gegen die Neubildung von Parteien". Es zieht die Folgerung aus dem vorausgegangenen Zusammenbruch des Vielparteiensystems, der sich in der ersten Hälfte des Jahres 1933 vollzogen hat. § 1 dieses Gesetzes erklärt die NSDAP. zur „einzigen politischen Partei in Deutschland" und § 2 a. a. O. stellt die Aufrechterhaltung des organisatorischen Zusammenhalts einer anderen politischen Partei und die Neugründung einer politischen Partei unter Zuchthausstrafe. Die vielfach zu diesem Gesetz vertretene Auffassung, daß es den Einpartei-Staat in Deutschland „geschaffen" habe, ist unrichtig. Geschaffen wurde der Einpartei-Staat in Deutschland durch die revolutionäre Dynamik des Sieges der nationalsozialistischen Bewegung. Die NSDAP. hat oft genug — vor der Machtergreifung — zu erkennen gegeben, daß sie keine anderen Parteien neben sich dulden werde. Das Schicksal dieser Parteien war also mit dem Sieg der NSDAP. entschieden. Nicht nur politisch, — auch rechtlich waren sie in diesem Zeitpunkt in ihr Liquidationsstadium getreten. Es ist daher richtig gesehen, wenn Fabricius[16]) erklärt, die Einheit von Partei und Staat sei in dem Augenblick geboren worden, als der Reichspräsident dem Führer der NSDAP. das Kanzleramt und damit die Leitung des Staates anvertraut habe; alles, was sich in den kommenden Wochen und Monaten ereignet habe, sei lediglich das allmähliche „Offenbarwerden" einer politisch und rechtlich längst vollzogenen Tatsache gewesen. Da die siegreiche Bewegung nach einem Wort Hitlers[17]) „den kommenden Staat", d. h. das Bild seiner verfassungsmäßigen Struktur, schon vor der Machtergreifung „in sich trug", formte sich das Dritte Reich bereits im Augenblick des Sieges der Revolution nach dem normativen Bilde, das den siegreichen Revolutionären vorgeschwebt hatte. Das Dritte Reich war also de iure bereits von Anfang an ein Einpartei-Staat. Die ins Liquidationsstadium eingetretenen früheren Parteien waren auch vor ihrem Verbot oder ihrer Selbstauflösung keine verfassungsrechtlichen Faktoren mehr. Die Bedeutung des Gesetzes gegen die Neubildung von Parteien wird also darin zu erblicken sein, daß es den bereits rechtlich und tatsächlich vorhandenen Verfassungszustand zur Verdeutlichung nochmals normativ bekräftigt und eine spezialisierte Strafnorm für Zuwiderhandlungen gegen diesen Verfassungszustand gebracht hat.

Auch das Gesetz v. 1. Dez. 1933 „zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat" wird in seiner rechtlichen Bedeutung oft verkannt. Dieses Gesetz nennt die NSDAP. in § 1 Abs. 2 „eine Körperschaft des öffentlichen Rechts", bezeichnet sie aber zugleich als „führende und bewegende Kraft des nationalsozialistischen Staates" (§ 3 Abs. 1) und als „Trägerin des Staatsgedankens" (§ 1 Abs. 1). Die Bezeichnung der Partei als „Körperschaft des öffentlichen Rechts" hat zu vielfältigen Irrtümern Anlaß gegeben. Da es nämlich ein gemeinsames Merkmal aller bisherigen Körperschaften des öffentlichen Rechts gewesen ist, daß diese einer besonderen Aufsicht des Staates, der sog. „Körperschaftsaufsicht", unterworfen waren, lag die mancherorts gezogene Folgerung nahe, daß fortab auch die Partei der Aufsicht des Staates unterstellt sei. Im allgemeinen pflegt nämlich die gesetzliche Etikettierung einer Erscheinung des Gemeinschaftslebens als „Körperschaft des öffentlichen Rechts" od. dgl. zu bedeuten, daß die für das im Etikett bezeichnete Rechtsgebilde üblicherweise maßgeblichen Bestimmungen auch im konkreten Falle gültig sein sollen; statt einer umständlichen Wiederholung dieser Bestimmungen wird aus Gründen der Abkürzung das dieſe Bestimmungen zusammenfassende Etikett verliehen. Es handelt sich dabei also um einen Vorgang der gesetzestechnischen Abbreviation. Die Anwendung dieses Gedankenganges auf den konkreten Fall, also die Behandlung der NSDAP. nach den Regeln einer Körperschaft des öffentlichen Rechts würde jedoch zu Ergebnissen führen, die mit der verfassungsrechtlichen Stellung der Partei im Dritten Reich in keiner Weise vereinbar wären. Die Auslegung des Gesetzes v. 1. Dez. 1933 geht daher jetzt nahezu einmütig dahin, daß die Partei nicht „irgendeine beliebige"[18]), sondern eine öffentlich-rechtliche Körperschaft „eigener Art, etwas Neues und bisher noch nicht Vorhandenes"[19]), die „vornehmste"[20]), eine Körperschaft „besonderer Art"[21]), eine „echte politische Körperschaft des öffentlichen Rechts"[22]), und zwar „die politische Körperschaft"[23]), nämlich „Körperschaft des Verfassungsrechts, nicht des Verwaltungsrechts"[24]) ist. Die übereinstimmend gezogene praktische Folgerung dieser Auffassung besteht vor allem in der einhelligen Verneinung des staatlichen Aufsichtsrechts. So sagt RMin. Dr. Frick[25]), es liege auf der Hand, daß die NSDAP. auch als Körperschaft des öffentlichen Rechts „eine besondere Stellung" einnehme und sich nicht mit anderen „unter Aufsicht des Staates stehenden Körperschaften des öffentlichen Rechts" vergleichen lasse. Auch StSekr. Dr. Stuckart[26]) erklärt, die Partei sei „die erste und einzige Körperschaft des Staatsrechts oder richtiger der politischen Grundordnung des deutschen Volkes"; ihre Rechtsstellung bestimme daher „nicht das Übliche der Rechtsfigur ‚Körperschaft', sondern Wesen und Aufgabe der Partei selbst" seien „ausschließlich bestimmend für die Stellung der Partei im Reichsneubau". Auch er verneint daher die Unterstellung der Partei unter eine „durch die Verwaltung ausgeübte Staatsaufsicht". Die Partei gewährleiste vielmehr „ihre innere Ordnung und Disziplin selbst". In ähnlicher Weise hat sich Carl Schmitt geäußert. Auch er sagt, die Partei sei seit dem Ges. v. 1. Dez. 1933 zwar eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, aber „natürlich in anderem und höherem Grade, als irgendeine der vielen, unter Staatsaufsicht stehenden Körperschaften des öffentlichen Rechts... Die innere Organisation und Disziplin der staat- und volktragenden Partei" sei „ihre eigene Sache"[27]). In diesem oder in ähnlichem Sinne äußert sich noch eine große Reihe sonstiger Autoren[28]). Die durchaus herrschende Meinung erblickt also in der Bezeichnung der NSDAP. als Körperschaft des öffentlichen Rechts „nicht ihre Einordnung in das überlieferte System von Rechtssätzen, das die Rechtsstellung anderer dem Staat eingegliederter Körperschaften des öffentlichen Rechts bestimmt"[29]), sondern lediglich die klarstellende Hervorhebung ihres öffentlichen Charakters, aus dem sich die Zugehörigkeit ihrer wesensgemäßen Betätigung zum Gebiet des öffentlichen Rechts ergibt. Bei dieser Lage der Dinge ist es m. E. zutreffend, wenn Höhn[30]) sagt, daß man „mit dem Begriff der Körperschaft die NSDAP. rechtlich nicht erfassen" könne, daß also „der Begriff der Kör-

[16]) Fabricius, Ges. zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat bei Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht.

[17]) Hitler, Mein Kampf, 11. Aufl., S. 503.

[18]) Fabricius a. a. O., Anm. zu § 1 Ges. v. 1. Dez. 1933.

[19]) Neeße, Die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei, S. 130.

[20]) Fabricius a. a. O.

[21]) Emig: Deutsche Verwaltungsblätter 34, 306.

[22]) Heckel, Berichte über die Lage und das Studium des öffentlichen Rechts, S. 19; hier wird die NSDAP. auch als „existenzielle Einrichtung unseres Volkslebens" bezeichnet.

[23]) Heckel a. a. O. S. 21.

[24]) Heckel a. a. O. S. 19.

[25]) RMin. Dr. Frick, NS.-Handbuch für Recht und Gesetzgebung, S. 391.

[26]) Dr. Stuckart a. a. O. S. 197.

[27]) Carl Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, S. 20, 22.

[28]) Statt aller: Meißner-Kaisenberg, Staats- und Verwaltungsrecht im Dritten Reich, S. 31 ff., bes. S. 32: „Die NSDAP. ist öffentlich-rechtliche Körperschaft nicht im bisherigen Rechtssinne des Begriffs. Sie unterliegt nicht der Staatsaufsicht üblicher Form. Der Begriff der öffentlich-rechtlichen Körperschaft ist auf die NSDAP. in anderem und weiterem Sinne anzuwenden."

[29]) Ule: RVerwBl. 35, 453.

[30]) Höhn: Deutsches Recht 35, 300.

perschaft dem Wesen der NSDAP. nicht gerecht" werde, weil man „bei allen entscheidenden Merkmalen" erklären müsse, „sie träfen für die NSDAP. gerade nicht zu". Durch eine Analyse des Begriffs „Körperschaft" kommt man dem verfassungsrechtlichen Wesen der Partei in der Tat nicht näher. Man muß Höhn sogar zustimmen, wenn er erklärt[31]), daß die Bezeichnung der NSDAP. als Körperschaft des öffentlichen Rechts deren „hervorragende Stellung gerade verschleiert". Die Bezeichnung der NSDAP. als Körperschaft des öffentlichen Rechts muß daher als wenig glücklich bezeichnet werden; sie ist eher geeignet, Mißverständnisse und Irrtümer hervorzurufen als Klarheit zu schaffen. Ebenso unglücklich war der in der amtlichen Begründung zu dem Gesetz v. 1. Dez. 1933 enthaltene Satz[32]), mit diesem Gesetz werde „der verfassungsrechtliche Einbau der Partei in den Staat" vollzogen. Seitdem führt man das Wort vom „Einbau der Partei in den Staat" allerwärts mißbräuchlich im Munde. Man glaubte anfangs, aus ihm herleiten zu können, daß die NSDAP. nunmehr dem staatlichen Behördenapparat eingegliedert und somit zu einer „staatlichen" Einrichtung geworden sei. Damit war nach einer weit verbreiteten Auffassung der Primat des Staates, d. h. des Staates im engeren Sinne, gegenüber der Partei gesetzlich festgelegt.

Diese Auffassung beruht auf einem grundlegenden Irrtum! Wenn die amtliche Begründung von einem „Einbau der Partei in den Staat" spricht, so soll damit keineswegs einer absorptiven Einbeziehung der Partei in den staatlichen Verwaltungsmechanismus das Wort geredet werden. Sofern mit diesem Ausspruch nicht lediglich gemeint ist, das Gesetz stelle eine organisatorische Verschränkung von Partei und Staat her, indem es zwischen der Partei- und Staatsorganisation die notwendigen Querverbindungen schaffe, kann nur der „Einbau" der Partei in den Staat im weiteren Sinne, also in das „Gesamtgefüge der Nation" gemeint sein. Mit Recht hat daher RMin. Dr. Frick[33]) verdeutlichend von einer Eingliederung der Partei „in das Gesamtgefüge des Staates" und Poetzsch-Heffter[34]) von einer Eingliederung der Bewegung „in das Gesamtgefüge der Nation" gesprochen. Im vollen Sinne des Wortes ist der Satz vom „Einbau der Partei in den Staat" daher nur dann berechtigt, wenn unter „Staat" in diesem Zusammenhang nicht der Staat im engeren oder instrumentalen Sinne, also nicht das staatliche Behörden- und Ämterwesen verstanden, sondern dabei an den weiteren Staatsbegriff gedacht wird, der als Substrat die Ganzheit des politisch geformten Volkes in sich begreift. In diesen Staat, d. h. in den Staat im weiteren, im umfassend-politischen Sinne, sind beide, der Staat im engeren, instrumentalen Sinne und die Partei, gleichermaßen „eingebaut". So sind auch die bekannten Ausführungen von C. Schmitt[35]) zu verstehen, wenn er sagt: „Die politische Einheit des gegenwärtigen Staates ist eine dreigliedrige Zusammenfassung von Staat, Bewegung, Volk". Wer diesen Satz aufmerksam liest, wird bemerken, daß in ihm das Wort „Staat" in einem zweifachen Sinne gebraucht wird: einmal ist „Staat" die politische Einheit selbst, d. h. „das Ganze der politischen Einheit eines Volkes"[36]), außerdem aber ist „Staat" auch einer der konstituierenden Faktoren dieser Einheit, nämlich als „Staat" im engeren Sinne, als staatliches Behörden- und Ämterwesen einschließlich der sog. militärischen Staatlichkeit. Wer also den „Einbau der Partei in den Staat" anders versteht als im Sinne eines harmonischen Einbaues von Staat und Partei in das umfassende „Gesamtgefüge der Nation", wird der verfassungsrechtlichen Struktur des Dritten Reiches nicht gerecht. „Partei und Staat sind im Reich Adolf Hitlers keine Gegensätze, sondern innerhalb des Gesamtwerkes zwei Faktoren mit verschiedenartigen Aufgaben. Partei und Staat dienen beide dem deutschen Volke und der Verwirklichung seines Lebensrechtes"[37]).

Die Ausführungen des RMin. Dr. Frick[38]) könnten allerdings den Anschein erwecken, als ob in ihnen noch ein dritter Staatsbegriff entwickelt würde, der zwischen den beiden hier erörterten Staatsbegriffen steht. Dr. Frick spricht zwar auch, wie oben dargelegt, von der Eingliederung der Partei „in das Gesamtgefüge des Staates". Seine Erklärungen legen jedoch die Auslegung nahe, als ob er unter „Staat" die Zusammenfassung von „Partei- und Staatsapparat", also das organisatorische Gesamtgefüge der staatlichen und der Parteiorganisation verstehe. Er sagt nämlich[39]): „Der Staat ist nach der Eingliederung der Partei in den Staat mehr als nur die Behördenorganisation. Zum Staate gehört vielmehr auch die gesamte Bewegung... Der Staat ist für beide — den staatlichen Behördenapparat und die Wehrmacht einerseits, die Parteiorganisation andererseits — der gemeinsame Oberbegriff, der Partei- und Staasapparat umfaßt". Auch an anderer Stelle[40]) hat sich Dr. Frick in ähnlichem Sinne geäußert. Er hat erklärt: „Wir haben es bei Partei und Staat nicht mit jeweils verschiedenen Dingen zu tun, sondern verschieden ist nur die Parteiorganisation und die Behördenorganisation. Der Staat hingegen ist begrifflich das beide Umfassende. Der Staat ist der Oberbegriff". Danach könnte es erscheinen, als arbeite Dr. Frick mit einer neuen Abwandlung des Staatsbegriffs, indem er unter „Staat" das ineinander verschränkte — wenn auch nicht vermengte — organisatorische Gesamtgefüge der Partei- und Behördenorganisation verstehe. Auch eine solche Auffassung, die sich als eine Erweiterung der instrumentalen Staatsauffassung darstellen würde, könnte vielleicht praktisch fruchtbar sein. Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob Dr. Frick in der Tat eine solche Staatsauffassung vertritt oder ob ihm nicht vielmehr die oben entwickelte umfassend-politische Staatsauffassung vorschwebt. Denn auch nach dieser umschließt der Staat inmitten der politischen Totalität des Volkes dessen staatliche und politische Organisationen; nur sind diese Organisationen nicht sein einziges begriffliches Substrat. Daß Dr. Frick mindestens auch den umfassend-politischen Staatsbegriff anerkennt, ergibt sich daraus, daß er wiederholt[41]) das Bild gebraucht hat, der nationalsozialistische Staat ruhe auf zwei Säulen, nämlich der Parteiorganisation und dem Staatsapparat". Der Staat, an den bei diesem Bild gedacht wird, kann, da er auf den „Säulen" ruht, nicht zugleich mit den beiden Säulen, der Parteiorganisation und dem Staatsapparat, identisch sein. Somit ergibt sich, daß auch Dr. Frick — vielleicht neben dem behandelten erweiterten instrumentalen Staatsbegriff — auch an einem umfassenden, die gesamte Totalität des politischen Volkes umspannenden Staatsbegriff orientiert ist. An diesen umfassenden Staatsbegriff denkt auch Hitler, wenn er den Staat als den „lebendigen Organismus des Volkstums" bezeichnet[42]). Auch Huber[43]) schwebt er vor, der den Staat als „die Gestalt des politischen Volkes" bezeichnet, und erklärt, der Staat als Gestalt des politischen Volkes sei nicht „tote Form und nur ruhendes Sein, sondern lebendige Ordnung, die von innen her bewegt und getrieben ist". In der gleichen Richtung bewegen sich auch die Gedanken Hans Gerbers[44]), wenn er sagt: „Das nationalsozialistische Staatsdenken erfaßt den Staat organisch als Lebensform eines Volkes. Eine Lebensform ist aber das Leben selbst in Form, nicht eine ‚Form', in die man das Leben hineinzwingt". Der Nationalsozialismus kennt jedoch neben der umfassenden politisch-organischen Staatsauffassung auch die auf den Staatsapparat bezogene instrumentale Staatsauffassung.

---

[31]) Höhn a. a. O.

[32]) RAnz. 1933 Nr. 284.

[33]) RMin. Dr. Frick, Der Neubau des Dritten Reiches, Rede vor den Offizieren der Reichswehr, S. 13.

[34]) JahrbÖffR. 22, 98.

[35]) Carl Schmitt a. a. O. S. 11.

[36]) Carl Schmitt a. a. O. S. 13.

[37]) Frhr. du Prel: Deutsches Recht 34, 431.

[38]) RMin. Dr. Frick a. a. O.

[39]) RMin. Dr. Frick a. a. O. S. 14.

[40]) RMin. Dr. Frick: Deutsche Verwaltung 34, 289.

[41]) RMin. Dr. Frick, Der Neubau des Dritten Reiches, a. a. O., und Deutsche Verwaltung, a. a. O.

[42]) Hitler, Mein Kampf, S. 434.

[43]) Huber a. a. O. S. 30.

[44]) ArchÖffR. 25, 82 ff.

Ihr begegnet man in dem anderen Wort Adolf Hitlers[45]) vom „Staat als Mittel zum Zweck". Besonders Alfred Rosenberg[46]) hat diese instrumentale Staatsauffassung nachdrücklichst betont, als er den Staat als „machtvollstes und männlichstes Werkzeug der herrschenden nationalsozialistischen Weltanschauung" bezeichnet hat. Mit gleichem Nachdruck hat sich auch RMin. Dr. Frank zu dieser instrumentalen Staatsauffassung bekannt; er sagt[47]): „Trennen wir scharf Partei und Staat, trennen wir sie aber nur so, daß der Staat das Mittel zu sein hat, um den Willen der Partei zu verwirklichen!"

Für das Verhältnis von Partei und Staat ergibt sich somit folgendes:

Das „Gesamtgefüge der Nation", das nationalsozialistische Gemeinwesen „Drittes Reich" besitzt seine „innere Festigkeit"[48]) in dem Dasein einer ineinander verschränkten, aber doppelspurigen Organisation, der Parteiorganisation und dem Staatsapparat: beide sind die tragenden Säulen der großen nationalen Gemeinschaft. Jede dieser Säulen hat ihre eigene Funktion, keine dieser Funktionen ist von der anderen „abgeleitet". Staat und Partei sind in gleicher Weise „autochthone" Gebilde, die beide im gleichen Legitimationsgrund, dem Dienst am Volkstum, wurzeln. Aus ihm leiten beide unmittelbar ihre Aufgaben und Zuständigkeiten her. Das Volkstum ist der gemeinsame Urgrund und der einheitliche Quell, aus dem beide in selbständiger Weise ihre Autorität und den Inhalt ihrer Funktionen schöpfen. Gemeinschaftsdienst ist beides, der Dienst im Staate und der Dienst in der Partei. Staat und Partei dienen nur jeweils derselben Gemeinschaft auf verschiedene Weise. Das ist der Sinn der „unlöslichen Verbundenheit von Staat und Partei", von der das Gesetz v. 1. Dez. 1933 ausdrücklich spricht.

Daraus folgt, daß das RG. neuerdings[49]) mit Recht erklärt, die NSDAP. sei durch das Gesetz v. 1. Dez. 1933 „nicht zu einer dem Staatszwecke dienenden Einrichtung geworden, die staatliche Aufgaben zu erfüllen hätte". Den Zwecken des Staates im überkommenen, engeren Sinne und den Aufgaben, die diesem in den Gesetzen vorgezeichnet sind, dient die NSDAP. in der Tat nicht. Es sind andere und neuartige Zwecke, denen die Partei im nationalsozialistischen Gemeinwesen dient. Insofern sagt das RG. a. a. O. mit Recht, daß die Aufgaben der NSDAP. keine „staatlichen" sind. Es trifft wörtlich zu, wenn das RG. sagt: „Die Partei leitet ihre Tätigkeit nicht aus der Staatsgewalt her." Die Partei besteht wirklich auch nach dem Gesetz v. 1. Dez. 1933 „neben dem Staate" weiter. Es ist daher an sich nur folgerichtig, wenn das RG. es mißbilligt, daß der Vorderrichter angenommen hatte, die Partei leite ihre Tätigkeit „aus der Staatsgewalt" her, und ein mit der Erfüllung der Aufgaben der Partei betrautes Parteimitglied handle grundsätzlich als „Beauftragter des Staates und damit als Beamter im Sinne des § 359 StGB.". Alles dies ist — wörtlich genommen und auf das Verhältnis der Partei zum Staat im engeren Sinne bezogen — richtig. Ebenso ist es richtig, wenn das RG. a. a. O. die Auffassung zurückweist, daß die Partei durch das Gesetz v. 1. Dez. 1933 „in den Staat aufgegangen" sei, und daß damit die Amtswalter der Parteiorganisation „in die Verwaltungsorganisation eingegliedert" worden seien. Dieser mißbilligten Auffassung gegenüber stellt das RG. zutreffend fest, daß sie „das Wesen der NSDAP. und ihrer Gliederungen, der PO.[49a]) und SA., ihre Stellung zum Staate und die Bedeutung des Gesetzes zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat verkenne". Die Partei ist in der Tat, wie das RG. richtig ausführt, „nicht als Teil des staatlichen Verwaltungsapparates anzusehen. ... Ihr sind nicht Teile der Verwaltung vom Staate übertragen worden".

Aber gleichwohl erweckt die Entscheidung Bedenken. Das RG. läßt bei seinen Ausführungen die „Wesensänderung der staatsrechtlichen Gesamtstruktur des Reiches"[50]) außer acht. Es übersieht, „daß jedes Staatswesen ein zusammenhängendes Ganzes ist"[51]), daß es „völlig isolierte und aus jedem staatlichen Zusammenhang losgelöste Einrichtungen und Normen nicht gibt"[52]). Der Staat, die Reinheit seines Ämterwesens und die Unbestechlichkeit seines Beamtentums sind im überkommenen Strafrecht nicht an sich, sondern um der bedeutsamen öffentlichen Funktionen willen, die sie besitzen, geschützt. Zutreffend weist das RG. in der besprochenen Entscheidung auf das Wort Dr. Fricks hin, daß die staatliche Behördenorganisation „früher die einzige Organisation" gewesen sei, „auf der der Staat ruhte". Dieses Wort hätte das RG. bedenklich stimmen müssen. Denn gerade in ihm kommt der innere Grund zum Vorschein, aus dem das Strafrecht bisher dem „Staat" im engeren Sinne, dem öffentlichen Ämterwesen und Beamtentum, seine besondere Aufmerksamkeit zugewandt hat. Die „Säule", auf der der Staat ruhte, sollte intakt und somit in ihrer Tragfähigkeit ungeschwächt bleiben. Aus diesem Grunde ist die Integrität des staatlichen Apparates geschützt. „Wo in der deutschen Strafrechtsgeschichte das Amtsverbrechen auftritt, wird es wegen des Unheils geahndet, das es im Volke anrichtet"[53]). „Nicht in seiner Rückwirkung auf das interne Verhältnis des Beamten zu seinem Gewalthaber, sondern in seiner verderblichen Wirkung nach außen wird der Grund der Bestrafung des Amtsverbrechens gefunden"[54]). Auch den Grund der Bestrafung der sog. „unechten" Amtsverbrechen erblickt man in der „Kompromittierung" des Staates[55]) und damit in der Gefährdung seiner Funktionsfähigkeit als Garant der organisierten Gemeinschaft. Der allen Amtsverbrechen gemeinsame Angriff auf die Reinheit der Amtsführung ist also ein Angriff auf die integrative Funktion des Beamtentums und wird aus diesem Grunde bestraft. Weil es der besondere Beruf des Beamten ist, „für die Allgemeinheit tätig zu sein"[56]), wird „strengste Objektivität der Amtsführung"[56]) gefordert und diese durch einen besonderen Strafschutz sichergestellt. Wenn aber die Integrität des staatlichen Verwaltungsapparates deshalb unter einen besonderen Strafschutz gestellt ist, weil „die staatliche Behördenorganisation früher die einzige Organisation gewesen ist, auf der der Staat ruhte", so ergibt sich daraus, daß der Strafschutz der staatstragenden Organisation und nicht dem staatlichen Apparat als solchem, losgelöst von seiner Gemeinschaftsfunktion, zuteil geworden ist. So richtig es daher auch ist, wenn das RG. a. a. O. die Auffassung zurückweist, daß die NSDAP. als „Teil des staatlichen Verwaltungsapparates" anzusehen sei, so sehr ist doch auch andererseits die Partei nach geltendem Verfassungsrecht genau so wie der Staatsapparat selbst eine „Organisation, auf der der Staat, d. h. das Volk als politisch geformte Gemeinschaft, ruht". Unter diesem Gesichtspunkt wäre daher zu prüfen gewesen, ob Beamter im Sinne des Strafrechts nicht jeder Träger eines deutschen Amtes ist, das sich als Inbegriff öffentlich-rechtlicher Funktionen im Rahmen einer den Staat tragenden Organisation — gleichviel ob Partei oder Staat — darstellt. Diese Frage ist m. E. zu bejahen. Der Begriff des Beamten im strafrechtlichen Sinne ist aus dem Gesetz selbst nicht eindeutig zu entnehmen. Deshalb hat sich eine reiche richterliche Kasuistik bemüht, ihn richtig zu umreißen. M. E. sind diese Bemühungen bisher noch nicht zum Kern der Sache vorgestoßen: Beamter im Sinne des Strafrechts ist jeder Träger eines deutschen Amtes, das sich als Inbegriff öffentlich-rechtlicher Funktionen im Rahmen einer den Staat tragenden Organisation darstellt! Dieser Beamtenbegriff lag schon dem überkommenen Recht zu-

---

[45]) Hitler, Mein Kampf, S. 433.

[46]) VölkBeob., Ausg. 9 v. 9. Jan. 1934.

[47]) RMin. Dr. Frank: Deutsche Verwaltung 34, 100; derselbe: Mitteilungsblatt des BNSDJ. 35, 37.

[48]) RMin. Dr. Frick: Deutsche Justiz 34, 1517.

[49]) RG.: JW. 1935, 2202 [6].

[49a]) Die PO. (Politische Organisation) ist übrigens keine „Gliederung" der Partei; durch Anordnung des Stellvertreters des Führers vom 27. Juli 1935 ist für die Zukunft die Verwendung der Bezeichnung „PO." verboten; VölkBeob., Berliner Ausgabe, Ausg. A v. 6. Aug. 1935.

[50]) Vgl. Anm. 1.

[51]) Carl Schmitt, NS.-Handbuch, S. 7.

[52]) Carl Schmitt a. a. O.

[53]) Binding: Der Gerichts-Saal 64, 7.

[54]) Binding a. a. O. S. 8.

[55]) Binding a. a. O. S. 11.

[56]) Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 355.

grunde; er wurde nur — weil es neben dem Staat keine zweite, die politische Gemeinschaft tragende Organisation gab — auf den Staat als solchen bezogen.

Aber selbst wenn man die vorentwickelte Gedankenführung ablehnen sollte, dürfte doch die Neufassung des § 2 StGB. durch das Gesetz zur Änderung des StGB. v. 28. Juni 1935 (RGBl. I, 839) für die Zukunft zu dem hier vertretenen Ergebnis führen. Die Neufassung des § 2 StGB. will der inneren Substanz der Strafrechtsnormen auch gegenüber einer abweichenden Fassung des Gesetzes zum Durchbruch verhelfen. Aus diesem Grunde wird auch für das Gebiet des Strafrechts die Analogie zugelassen. Der unmittelbare Zweck der Neufassung des § 2 StGB. zielt zwar darauf ab, bisher straflos gelassene, aber dem Grundgedanken einer Strafrechtsnorm und dem gesunden Volksempfinden widersprechende Handlungen einer Bestrafung zuzuführen. Dieser Gedanke muß aber m. E. auch dazu führen, Handlungen, die zwar ohnehin bereits einem Strafgesetz unterfallen, im Wege der Analogie unter einen strafrechtlich qualifizierten Sondertatbestand zu subsumieren, wenn die qualifizierenden Tatbestandsmerkmale — etwa die Beamteneigenschaft — ihrem Grundgedanken nach in der Person des Täters erfüllt sind. So würde man auch aus diesem Gesichtspunkt in Zukunft die Träger von Ämtern der Partei und ihrer Gliederungen im Sinne des StGB. als „Beamte" zu behandeln haben, da sie im Rahmen einer Organisation, auf der der Staat beruht, Träger öffentlicher Ämter sind. An der Integrität der Träger von Parteiämtern besteht für ein nationalsozialistisches Gemeinwesen mindestens das gleiche Interesse wie an der Integrität der staatlichen Beamten[57]). Es ist zwar vor allem die Aufgabe der Partei- und SA.-Gerichtsbarkeit, diese Integrität der Parteimitglieder und SA.-Angehörigen, vor allem des Amtswalter- und Führerkorps, von innen heraus zu gewährleisten, aber das gleiche gilt von der Disziplinargerichtsbarkeit der öffentlichen Beamten. Dieselben Gründe, die hier neben der Disziplinarstrafe die Verhängung einer Kriminalstrafe erforderlich machen, treffen auch gegenüber den Leitern von Parteidienststellen und den Führern der SA. zu: die Disziplinarstrafe ist ein Zuchtmittel der engeren Gemeinschaft und dient der Wiederherstellung ihrer inneren Funktionsfähigkeit und Autorität, die Kriminalstrafe dagegen dient der Bewährung der allgemeinen Rechtsordnung jenseits einer engeren Gemeinschaft. Wenn durch dieselbe Tat zwei Gemeinschaftskreise gestört werden, was keineswegs stets der Fall ist, so muß die Strafe für beide Gemeinschaftskreise, für die engere und die weitere Gemeinschaft, wieder die gebotene Ruhe und innere Festigung bringen.

Wenn das erörterte Urteil des RG. darauf hinweist, daß auch die amtliche Strafrechtskommission sich noch nicht im Sinne einer strafrechtlichen Gleichstellung der Amtsträger der NSDAP. mit den öffentlichen Beamten entschieden habe, so steht dies der hier vertretenen Auffassung nicht im Wege. Es handelt sich hier um eine Frage der juristischen Erkenntnis, die nicht dadurch entschieden wird, daß amtliche Stellen zu ihr eine bestimmte Auffassung vertreten. Im übrigen ist die Frage der Gleichstellung der beiden Gruppen von Amtsträgern im kommenden Strafrecht nach der eigenen Ansicht der amtlichen Strafrechtskommission noch offen: „die Frage bedarf noch der Prüfung". Diese Prüfung muß m. E. bei gebotener Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Stellung der Partei zu einer Bejahung der Frage führen. Diese Bejahung führt auch keineswegs dazu, daß die Partei mit ihr doch wieder auf Umwegen dem Staat, nämlich den „staatlichen" Gerichten, unterstellt wird. Dieses Bedenken kann schon angesichts der Unabhängigkeit der Gerichte nicht schwer wiegen. Der Richter, dem „im Rahmen der Weltanschauung" Unabhängigkeit verbürgt ist, kann nicht als bloßer Trabant der staatlichen Bürokratie gelten; er ist ein freier Richter, der nur einer Bindung unterworfen ist, der Bindung an das Recht. Dagegen wäre zu erwägen, ob es nicht geboten ist, die staatliche Strafverfolgungsbehörde bei den hierher gehörigen Delikten an das Einvernehmen mit den höheren Stellen der Partei zu binden, wenigstens soweit für die Strafverfolgung das Opportunitätsprinzip gilt. Bei der tatbestandsmäßigen Eigenart der hier in Betracht kommenden Delikte ist m. E. auch nicht zu befürchten, daß es „zu einer unleidlichen justizförmigen Überwachung des Politischen seitens der Gerichte"[58]) kommen könnte.

Wie oben ausgeführt, hat das RG. mit seiner Feststellung, daß die Amtswalter der Partei keine „Beauftragten des Staates" und nicht „in die Verwaltungsorganisation des Staates eingegliedert" seien, recht[59]). Diese zutreffende Feststellung darf aber nicht zu der irrigen Auffassung verleiten, als seien die Amtswalter der Partei nach der bestehenden Verfassungslage minder wichtig als die Funktionäre der staatlichen Bürokratie. Im Gegenteil: die Partei sollte als ebenbürtige Organisation[60]) in voller Unabhängigkeit[61]) neben dem staatlichen Behördenwesen gesichert werden, damit sie ihrer spezifischen Aufgabe mit ungeschmälerter Selbständigkeit nachgehen kann. Um diese Aufgabe der Partei richtig zu erfassen, bedarf es folgender Erwägung:

Seit ihrer Gründung war es eines der wichtigsten Ziele der Partei, dem inneren Zerfall der deutschen Volksgemeinschaft Einhalt zu gebieten und diese aus dem völkischen Gedanken neu zu begründen. Die Partei hat daher von Anbeginn für die von ihr vertretene politische Grundanschauung das Prinzip der „Totalität", d. h. der alldurchdringenden und ausschließlichen Geltung, verkündet. Die Totalität des Dritten Reiches besteht also in der „Totalität einer geistigen Haltung"[62]). An die Stelle einer allgemeinen Neutralität, die bis zur Duldung kommunistischer Zersetzung ging, ist „das Prinzip einer allverbindlichen politischen Wertordnung"[63]) getreten. Im Gegensatz zum wertindifferenten, neutralen Staat fällt der vom Prinzip der Totalität geformte Staat eine nationale Wertentscheidung, macht sie zum beherrschenden Sinnprinzip des Staats- und Volkslebens und verlangt für sie in allen Kulturbereichen ihre durchgängige Anerkennung als Grund- und Ausgangsposition. Die im Dritten Reich gefällte nationale und darum allverbindliche Wertentscheidung ist der Nationalsozialismus. Das Gemeinschaftsleben hat sich somit im Dritten Reich bedeutsam erweitert, indem es sich in umfassender Weise auf geistig-politische und volklich-kulturelle Gebiete erstreckt. Vieles, was früher „Privatsache" war, ist jetzt zur öffentlichen Angelegenheit geworden, da die Gemeinschaft daran autoritativ Anteil nimmt. Die Totalität des Dritten Reiches zeigt sich also in der Erstreckung des Gemeinschaftsinteresses auf die Fragen der geistigen Haltung der Mitglieder der Gemeinschaft. Es war also gar nicht nötig, daß der „Staat" der Partei Teile seiner bisherigen Verwaltungstätigkeit übertrug; die Gemeinschaft des Volkes hat sich durch die Verpflichtung auf eine einheitliche geistige Haltung, nämlich durch die Verpflichtung auf die Gemeinsamkeit des nationalsozialistischen Ideengutes, ein weites Gebiet neuer öffentlicher Aufgaben erschlossen, das der Partei zur Betreuung überwiesen ist. Es hat also eine „Anwachsung" öffentlicher Aufgaben stattgefunden, die der Partei neue Aufgaben zufallen ließ, ohne daß die Aufgaben der staatlichen Verwaltung eine

---

[57]) Vgl. Ritter: JW. 1934, 2213 ff.

[58]) Mezger, NS.-Handbuch, S. 1395.

[59]) Vgl. Heckel a. a. O. S. 11: „Die Partei ist in keinem Sinne eine ‚staatliche' Einrichtung". Derselbe a. a. O. S. 20: „Die Partei ist verfassungsrechtlich ihr eigener Herr. ... Die verfassungsrechtliche Selbständigkeit der Partei ist ein durchgängiges Strukturmerkmal des Dritten Reiches." RMin. Dr. Frick, Der Neubau des Dritten Reiches, S. 13: „Die NSDAP. übt nicht die Funktionen von Staatsbehörden aus, sie ist nicht ausführendes Organ des Staatswillens."

[60]) Vgl. RMin. Dr. Frick: Deutsche Verwaltung 34, 298. Heckel a. a. O. S. 21: „... eine neue Hierarchie von Amtsträgern, welche der bisher allein maßgebenden behördlichen Ämterordnung koordiniert ist. Die politische Führerhierarchie ist den Instanzen der behördlichen Ämterordnung weder untertan noch über sie gesetzt. Weder empfängt sie von ihnen Dienstbefehle, noch erteilt sie ihnen solche." Vgl. auch Neeße a. a. O. S. 119, 148/49.

[61]) Vgl. die Zitate unter Anm. 59 und 60.

[62]) Huber, Vom Sinn der Verfassung, S. 21. Derselbe: Die Tat, 1934, 30 ff. Derselbe: ZStaatsW. 95, 1 ff., bes. 43 ff.

[63]) Huber, Vom Sinn der Verfassung, S. 22.

Schmälerung erleiden mußten[64]). Aus diesem Grunde ist es richtig, daß die Aufgaben der NSDAP. nicht „aus der Staatsgewalt abgeleitet", daß der Partei auch nicht „Teile der Verwaltung vom Staate übertragen" worden sind. Der frühere Staat überließ in weltanschaulicher Neutralität und allseitiger Toleranz die jetzt von der Partei übernommenen Aufgaben der „privaten Sphäre". Mit ihrer Erhebung zu Gemeinschaftsaufgaben haben diese aber nunmehr ihren „privaten" Charakter verloren und sind zu „öffentlichen" Aufgaben geworden, ohne jedoch „staatliche" zu werden[65]). Der „Staat" hatte also diese Aufgaben gar nicht in seiner Verwaltung, so daß auch deren Übertragung auf die Partei durch ihn nicht in Betracht kommt. Die Aufgaben der Partei haben sich aus einer Erweiterung der von der Volksgemeinschaft in gemeinschaftlicher „Regie" ausgeübten Aufgaben ergeben. Sie waren bisher nicht Inhalt der Staatsgewalt und konnten mithin auch nicht aus ihr „abgeleitet" werden. Insofern hat das RG. daher recht. Aber die jetzt von der Partei übernommenen Aufgaben sind in genau dem gleichen Sinne „öffentliche Aufgaben" wie die Aufgaben, die schon bisher in der Regie des „Staates" erledigt wurden. Ob nämlich eine Aufgabe „öffentlich" ist, entscheidet sich weitgehend danach, in welchem Maße sich die Allgemeinheit an ihr interessiert erklärt. Das Dritte Reich hat sich auch die Frage der geistigen Haltung des Volkes zu eigen gemacht[66]), indem es die nationalsozialistische Weltanschauung zum allseits verbindlichen Wert erhoben hat. Diese Erweiterung der Gemeinschaftsaufgaben hat für die Partei einen weiten Spielraum öffentlicher Betätigung geschaffen, ohne daß der Staat zu ihren Gunsten auf die Ausübung ihm überkommener Funktionen hätte verzichten müssen. So ergibt sich der Tätigkeitsbereich der Partei aus der Verkündung der Totalität einer politischen Idee. Denn diese muß stets erneut geformt und gestaltet werden, wenn sie auf die Dauer „die weltanschauliche Einheitsbasis des gesamten deutschen Lebens"[67]) sein soll. „Nichts hat ja Bestand, was nicht täglich neu verwirklicht, täglich neu erkämpft wird"[68]).

Aufgabe der Partei ist es also, die weltanschauliche Energie des Dritten Reiches aus der Substanz des völkischen Gedankens stets aufs neue zu erzeugen und zu speichern, mit Hilfe der Propaganda und der Erziehung in die Gemeinschaft des deutschen Volkes auszustrahlen und durch ein umfassendes System von Personalunionen auch organisatorisch in die staatliche Ordnungsreihe des öffentlichen Behörden- und Ämterwesens einzuschalten. Das System von Personalunionen, das hinsichtlich des Führers und seines Stellvertreters bereits institutionellen Charakter trägt, ist somit aufzufassen als ein System der Einschaltung des weltanschaulichen Energiestromes der Partei[69]) in die organisatorische Ordnungsreihe des Staates. Bisher wurde die Einheit des deutschen Volkes, die weitgehend nur eine formale war, getragen von einer einzigen Gemeinschaftsorganisation, dem „Staate". Im neuen Reich, das die Einheit des Volkes auch substanzhaft zu formen und eine einheitliche Weltanschauungsbasis[70]) zu schaffen bestrebt ist, laufen zwei an der Gesamtheit des Volkes orientierte organisatorische Ordnungsreihen nebeneinander her, die Gemeinschaftsorganisation des Staates und die Gemeinschaftsorganisation der Partei. Beide haben einen selbständigen, in sich geschlossenen Aufbau[71]), ohne jedoch im eigentlichen Sinne voneinander getrennt zu sein. Die Verbindung zwischen beiden schafft nicht nur die weltanschauliche Durchdringung des Volkes durch die nationalsozialistische Bewegung, die sich naturgemäß auch in der national-ethischen Haltung des Beamtentums auswirkt, sondern auch das erwähnte System von Personalunionen, das der unmittelbaren Einschaltung der nationalsozialistischen Weltanschauung in den Staat dient. Ihre Krönung findet die so geschaffene Einheit zwischen Staat und Partei in den institutionell gestalteten beiden obersten Personalunionen, durch die der Stellvertreter des Führers in dieser Eigenschaft zum Reichsminister und der oberste Führer der Partei, Adolf Hitler, zum Führer des deutschen Volkes, Reichskanzler und Staatsoberhaupt wurde. Die Einwirkung der Partei auf den „Staat" vollzieht sich aber, soweit sie nicht mittelbar — durch Beeinflussung der geistigen und willensmäßigen Haltung des gesamten Volkes und damit auch der staatlichen Amtsträger sowie durch gesetzliche Begründung von Mitbestimmungsbefugnissen der politischen Leiter der Partei hinsichtlich der Besetzung wichtiger Stellen der staatlichen Verwaltung — erfolgt, nur über die in den Personalunionen geschaffenen Einschaltstellen. Reichsminister Dr. Frick hat ausdrücklich[72]) erklärt: „Eine irgendwie geartete Anweisungsbefugnis von Parteidienststellen gegenüber staatlichen Behörden besteht nicht. Die staatlichen Behörden erhalten vielmehr ihre Weisungen lediglich und ausschließlich von ihren vorgesetzten Stellen und sind nicht befugt, sich der Verantwortung für ihre Handlungen dadurch zu entziehen, daß sie sich in bequemer Weise auf eine Anweisung einer Parteidienststelle berufen." An anderer Stelle hat derselbe Minister zu einem Ausspruch Adolf Hitlers auf dem Parteitag in Nürnberg folgende Klarstellung gegeben[73]): „Zeitungen, die den Führer mißverstanden haben, brachten in Schlagzeilen das Wort ‚Die Partei befiehlt dem Staat!' Tatsächlich hat der Führer aber gesagt: ‚Nicht der Staat befiehlt uns, sondern wir befehlen dem Staate!' Das bedeutet, daß die vom Führer und Reichskanzler beauftragten Minister, die sein Vertrauen haben, ausschließlich ihm gegenüber dafür verantwortlich sind, daß die nationalsozialistischen Grundideen überall zur Durchführung gelangen. Ebenso sind auch die Untergebenen der Minister bis hinunter zum letzten Landrat und Gemeindevorsteher oder dem letzten Offizier und Soldaten nicht den Befehlen irgendeiner Parteistelle unterworfen, sondern sie sind für ihre Amtsführung oder ihren Dienst ausschließlich ihren Vorgesetzten verantwortlich, und keine andere Stelle hat das Recht oder die Aufgabe, in den geordneten Befehlsgang einzugreifen, der hier wie da letzten Endes beim Führer endet."

In einem völkischen Führerstaat, als welcher das Dritte Reich anzusehen ist, kommt der Partei jedoch noch eine wichtige weitere Aufgabe zu: die Heranbildung und Auslese des poli-

---

[64]) RMin. Dr. Frick: Deutsche Verwaltung 34, 289: „Die einzelnen Aufgaben, Funktionen und Pflichten der staatlichen Behörden sind nach wie vor in der Gesetzgebung festgelegt und nicht beseitigt worden." Derselbe a. a. O. S. 289/90: „Deshalb dürfen die Parteidienststellen auch, wie allseitig anerkannt ist, keine unmittelbare Exekutive vornehmen."

[65]) So erklärt sich auch das Wort von Carl Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, S. 22: „Die Nationalsozialistische Partei ist weder ‚Staat' im Sinne des alten Staates, noch ist sie nichtstaatlich-privat im Sinne der alten Gegenüberstellung von staatlicher und staatsfreier Sphäre."

[66]) Schon im Aufruf der Reichsregierung vom 1. Febr. 1933 wurde es als „oberste und erste Aufgabe" bezeichnet, „die geistige und willensmäßige Einheit unseres Volkes wiederherzustellen."

[67]) RMin. Dr. Frank, NS.-Handbuch, Einl. S. XIII.

[68]) Neeße a. a. O. S. 126. Dr. Stuckart a. a. O. S. 197: „Nicht in der Verfechtung eines starren Doktrinarismus, sondern in der ständigen Weiterbildung und Erneuerung des nationalsozialistischen Gedankengutes hat die Partei ihre völkisch-weltanschauliche Aufgabe zu sehen. Sie ist die Gralshüterin des nationalsozialistischen Gedankengutes." RMin. Dr. Frick, Der Neubau des Dritten Reiches, S. 13: Die Partei ist die „Hüterin der nationalsozialistischen Weltanschauung und hat die Aufgabe, diese rein zu erhalten und im Volke als dauernde Überzeugung fest zu verwurzeln."

[69]) Dr. Stuckart a. a. O. S. 196: „Die Partei . . . ein geistig-weltanschauliches Kraftzentrum, eine Quelle geistiger und seelischer Stärke."

[70]) Die Entscheidung über die inhaltliche Reichweite dieser Einheit wird eine der schicksalvollsten des Dritten Reiches sein. Eine zu weitgehende ‚Vergemeinschaftung', eine Überspannung in der ‚Sozialisierung der Seelen', wirkt nicht einheitsfördernd, sondern desintegrierend.

[71]) Vgl. Dr. Stuckart a. a. O. S. 197/98: „Trotz ihrer unlöslichen Verbundenheit sind Partei und Reich in sich einheitliche und selbständig aufgebaute Säulen der nationalsozialistischen Volksordnung."

[72]) RMin. Dr. Frick: Deutsche Verwaltung 34, 289.

[73]) RMin. Dr. Frick, Der Neubau des Dritten Reiches, S. 14. Vgl. auch die von RMin. Dr. Goebbels am 13. Okt. 1934 im Auftrag des Führers gehaltene Rede, die sich gleichfalls gegen die erwähnte Mißdeutung des erwähnten Führerwortes wendet.

tischen Führernachwuchses. Diese Aufgabe tritt ebenbürtig neben die oben behandelte Aufgabe der Partei, die Einheit des deutschen Volkes in den Grundfragen unserer politischen Existenz zu gewährleisten. Auf diese Aufgabe, die vorwiegend eine Aufgabe der Charakterschulung und der Erweckung und Schärfung des politischen Instinktes ist, soll hier nicht weiter eingegangen werden.

Abschließend bedarf es noch der Feststellung, daß der Nationalsozialismus trotz der hohen Bedeutung, die er der Partei zuerkennt, auch den „Staat“ als die Aktionsform des Volkes hoch bewertet. Er weiß, daß die Zusammenballung von Energien, die im staatlichen Behörden- und Ämterwesen und in einer ethisch hochstehenden Beamtenschaft vorhanden sind, einen unübersehbaren nationalen Wert darstellen. Der Staat, den der Geist eines opferbereiten und staatspolitisch geschulten Beamtentums erfüllt und belebt, erhebt sich weit über die rein technische Bedeutung einer sozialen Apparatur und wird zu einer „werterfüllten Ordnung“[74]. So wenig der Staat im engeren Sinne als ein Wert an sich gelten kann, so sehr kann er doch von einem Werte erfüllt sein. Daher ist es nicht verwunderlich, daß Adolf Hitler in seinem Werke „Mein Kampf“[75] unter den Säulen, auf denen „die wundervolle Kraft und Stärke des alten Reiches“ und die ihm innewohnende Staatsautorität ruhte, neben der stabilen Staatsform und dem Heere „den unvergleichlichen Beamtenkörper des alten Reiches“ genannt hat. Mag man daher den Staat auch ruhig als ein „Instrument“ betrachten, so bleibt er doch das „machtvollste und männlichste Werkzeug“[76] der Nation, das diese zur Behauptung in ihrem Lebenskampf nicht entbehren kann. Diese Worte mögen genügen, um jeder Neigung zu einer Unterbewertung des Staates[77] entgegenzuwirken. Nicht umsonst hat Reichsminister Dr. Frank den Staat zu den „Substanzwerten der Nation“[78] gerechnet und die Beamten in seiner Rede auf der Kundgebung der Verwaltungsjuristen vom 4. Mai 1934 aufgerufen[79], daran mitzuhelfen, „diesen Staat zu einem wirklichen Erlebnis und Lebensinhalt des deutschen Volkes zu machen.“

[74]) Maunz: ZStaatsW. 95, 322

[75]) Vgl. dazu Fabricius, NS.-Handbuch, S. 500 ff.

[76]) Alfred Rosenberg a. a. O.

[77]) Hans Gerber, Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Reiches, S. 14/15. Vgl. Neeße a. a. O. S. 60, 80, 103, 148/49. Derselbe: RVerwBl. 35, 395.

[78]) RMin. Dr. Frank, NS.-Handbuch, Einl. S. XV.

[79]) RMin. Dr. Frank: Deutsche Verwaltung 34, 98.

Die Nothilfe im neuen deutschen Strafrecht

Von Heinrich Barth,

Leiter des Amts für Rechtspolitik im Reichsrechtsamt der NSDAP.

Die vom Reichsrechtsamt der NSDAP., Reichsleiter Dr. Hans Frank, herausgegebenen nationalsozialistischen Leitsätze bauen das neue deutsche Strafrecht auf dem Gedanken von der Pflicht und der Treue auf. Sie führen auf S. 21 zur näheren Umschreibung der völkischen Treuepflicht aus:

„Die Treuepflicht der Volksgenossen ist keine bloße Unterordnungs- und Gehorsamspflicht gegenüber der gebietenden und verbietenden Volks- und Staatsführung, sondern sie bedeutet weit mehr, sie bedeutet: in der blutsmäßigen Verwurzelung und Verbundenheit in der Volksgemeinschaft alle Kräfte für diese einsetzen, für ihre Erhaltung, ihren Schutz, ihre Freiheit, ihre Zukunft an den großen völkischen Aufgaben und Zielen mitschaffen. Die Treuepflicht gegenüber der Volksgemeinschaft schließt in sich die Verbundenheit mit dem Volksgenossen, die Bereitschaft, ihm in der Not zu helfen, ihn in der Gefahr zu schützen und ihn als Volksgenossen zu achten. Die Treuepflicht gegenüber der Volksgemeinschaft schließt in sich die Erfüllung aller besonderen Pflichten, die aus den engeren Gemeinschaften erwachsen, mögen diese nun natürlich gegeben oder willentlich gekürt sein. Diese Treuepflichten sind nicht erst mit den Geboten der Staats- und Volksführung gegeben, sondern sie erwachsen unmittelbar aus der durch Boden, Art und Blut gebundenen Volksgemeinschaft. Solange das Volk lebt, bestehen auch diese Treuepflichten. Und solange die Volksgenossen ihre Treuepflichten erfüllen, wird dieses Volk leben.“

Die Bereitschaft, dem Volksgenossen in der Not zu helfen, beruht nicht auf Vertrag oder entspringt nicht einer Nützlichkeitserwägung oder einer Regung des Mitleids, sondern ist in die völkische Bluts- und Treueverbundenheit gebettet, ist eine volksgenössische Treuepflicht. Sie muß daher auch im neuen deutschen Strafrecht eine wesentliche Rolle spielen. Nicht nur positive Angriffe und Eingriffe gegen den Volksgenossen, sondern auch die Unterlassung von Hilfeleistung und Schutz in Gefahr und Not ist Verbrechen, das gesühnt werden muß.

Es ist bezeichnend, daß das bisherige Strafgesetz diesem selbstverständlichen Gedanken der volksgenössischen Verbundenheit, Treue und Nothilfe nur in einem völlig ungenügenden Maße Rechnung getragen hat. Bisher bestimmte § 360 Ziff. 10 RStGB., daß mit Geldstrafe bis zu 150 *RM* oder mit Haft bestraft wird, wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not von der Polizeibehörde oder deren Stellvertreter zur Hilfe aufgefordert keine Folge leistet, obgleich er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen könnte.

Es ist bezeichnend für die Geringschätzung, die der Gesetzgeber seinerzeit der volksgenössischen Nothilfepflicht entgegenbrachte, daß er ihre Verletzung als bloße nur mit geringfügiger Strafe bedrohte Übertretung in unmittelbarer Nachbarschaft mit Ruhestörung, grobem Unfug und anderen Ordnungswidrigkeiten behandelte. Weiterhin ist bemerkenswert, daß bisher die Unterlassung der Hilfeleistung nur dann bestraft werden konnte, wenn eine polizeiliche Aufforderung ergangen und nicht befolgt worden war. Aus der Unterbringung der Strafbestimmung im § 360 und aus dem Wortlaut des Gesetzes ist zu entnehmen, daß es dem Gesetzgeber tatsächlich weniger darauf ankam, die Verletzung der Nothilfepflicht gegenüber dem Volksgenossen, sondern den Ungehorsam gegenüber den Anordnungen der Polizei mit Strafe zu erfassen. Von einer zu weitgehenden Inanspruchnahme sollte der Bürger in der Weise geschützt werden, daß er eine Bestrafung nur dann zu erwarten hatte, „wenn er der Aufforderung zur Hilfeleistung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen konnte“.

Man stelle sich vor: Das Volk, die Stadt, das Dorf, die Nachbarschaft, der einzelne Volksgenosse ist in Not und Gefahr; Überschwemmungen, Feuersbrünste, Seuchen, verbrecherische Anschläge, Unglücksfälle suchen ihre Opfer; Menschen ringen mit Verderben und Tod. Statt rasche Hilfe zu bringen, schaut ein pflichtvergessener Volksgenosse dem Unglücke tatenlos zu, als ob es ihn nichts angehe, und läßt seinen Volksgenossen in Not und Gefahr treulos im Stich. Es ist ein empörender Gedanke, daß ein solch unerhörter Treuebruch ungesühnt bleiben soll.

Die Strafgesetznovelle v. 28. Juni 1935 hat nun diesen höchst unbefriedigenden Rechtszustand beseitigt. Nunmehr hat jeder, der bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies nach gesunder Volksanschauung seine Pflicht ist, insbesondere wenn er der polizeilichen Auf-

forderung zur Hilfeleistung nicht nachkommt, obwohl er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten genügen kann, eine Bestrafung mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe zu erwarten.

Damit ist die Unterlassung der Nothilfe aus dem Kreis der Übertretungen herausgenommen und unter die bedeutungsvolleren und mit schwereren Strafen belegten Vergehen eingereiht. Die Nichtbefolgung einer polizeilichen Aufforderung zur Hilfeleistung ist jetzt nur noch beispielsweise angeführt. Auch ohne daß eine polizeiliche Aufforderung ergangen ist, ist die Verletzung der Nothilfepflicht strafbar. Man hätte vielleicht von der Erwähnung dieses besonderen und im übrigen selbstverständlichen Falles auch ganz absehen können. In der Praxis wird sich der Umstand, daß sich ein Volksgenosse vergeblich zur Erfüllung seiner Hilfeleistungspflicht auffordern läßt, grundsätzlich straferhöhend auswirken müssen, vor allem dann, wenn diese Aufforderung von den Organen der Partei und des Staates als den berufenen Hütern der Treuepflichterfüllung ausgegangen ist. Auf jeden Fall ist grundsätzlich daran festzuhalten, daß es in Wirklichkeit nicht auf die polizeiliche Aufforderung, sondern auf die Pflicht zur Hilfeleistung überhaupt ankommt.

Es ist außerordentlich zu begrüßen, daß in der Neufassung der Strafbestimmung die Unterlassung der Hilfeleistung ausdrücklich als Pflichtverletzung festgestellt ist. Die in der Novelle gewählte Fassung: „Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies nach gesunder Volksanschauung seine Pflicht ist, ...“ verdient unbedingt den Vorzug vor der vorher im Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, Besonderer Teil S. 214 in Aussicht genommenen Fassung: „obwohl dies nach gesunder Volksanschauung von ihm gefordert werden kann, ...“. Es kommt ja nicht darauf an, den Volksgenossen vor allzu strengen Anforderungen und Zumutungen sicherzustellen, sondern darauf, daß er seine Pflicht erfüllt. Dies entspricht den vom Reichsrechtsamt der NSDAP., Reichsleiter Dr. Hans Frank, aufgestellten Strafrechtsleitsätzen, die das ganze Strafrecht auf dem deutschen Pflichtgedanken aufgebaut wissen wollen.

Welche besonderen Voraussetzungen im einzelnen Falle für eine Hilfeleistungspflicht des Volksgenossen gegeben sein müssen, und welches Maß von Hilfeleistung im einzelnen Falle geboten ist, dafür läßt sich eine generelle Regel wohl nicht aufstellen. Man muß von der allgemeinen Forderung, daß der Volksgenosse die Pflicht hat, sich in Not und Gefahr für die Gemeinschaft einzusetzen und dem einzelnen Volksgenossen beizuspringen, an die Prüfung jedes einzelnen praktischen Falles herangehen. Es wird dann in weitgehendem Maße auf die Umstände dieses Einzelfalles ankommen. Man wird z. B. von einem Nichtschwimmer nicht verlangen, daß er durch einen Rettungsschwimmversuch einem Ertrinkenden zu Hilfe eilt. Man wird von einem Volksgenossen nicht verlangen, daß er einen anderen durch eine Schußwaffe bedrohten Volksgenossen durch seinen eigenen Körper deckt; man wird von ihm dann keine Hilfeleistung verlangen, wenn er annehmen darf, daß anderweitig, insbesondere von seiten der dazu berufenen Staats- und Parteiorgane, für hinreichende Hilfeleistung gesorgt ist. Deutsches Volksempfinden wird aber — ohne Rücksicht auf das Strafgesetz — zum Beispiel den Mann verurteilen, der seine Familie in Not und Gefahr im Stiche läßt, und zwar auch dann, wenn sein Ausharren und seine Rettungsversuche völlig aussichtslos erscheinen müssen, es sei denn, daß ihm eine höhere Pflicht, so die Pflicht zum Einsatz für sein Volk, das Verlassen seiner Familie gebietet. Auch den Mann wird das Volk gering achten, der, nur an seine eigene Rettung denkend, seinen Freund in Not und Gefahr verläßt. Hoch klingt aber das Lied vom braven Mann, der zur Rettung anderer sein eigenes Leben opfert.

Daß dann, wenn das eigene Volk von einem fremden überfallen und mit Krieg überzogen wird, der Einsatz alle Volksgenossen erfaßt und Leben und Sicherheit des einzelnen sich diesem Einsatz unbedingt und restlos unterordnen müssen, dürfte wohl niemand bestreiten. Wir erleben ferner dort, wo die Pflichterfüllung schaffender Volksgenossen von gemeinsamen Nöten und Gefahren bedroht ist, immer wieder den selbstverständlichen rücksichtslosen Einsatz für den gefährdeten Kameraden, sei es in See- oder Bergnot, bei Explosionen in Fabriken oder bei schlagenden Wettern in Stollen und Schächten. Für den Volksgenossen, der SA.-Mann oder Soldat ist, ist es selbstverständlich, daß er beim pflichtgemäßen Einsatz notfalls auf die eigene Sicherheit und das eigene Leben keine Rücksicht nehmen darf, daß er für das Volk das eigene Leben ohne Besinnen in die Schanze zu schlagen hat, daß der Führer mit eigenem Körper gedeckt werden muß, daß der Kamerad unter keinen Umständen im Stiche gelassen werden darf und daß die Erfüllung der Pflicht über alles geht. Es muß der nationalsozialistischen Bewegung gelingen, daß alle Volksgenossen immer mehr von dem Gedanken erfaßt werden, daß überall da, wo sich die Volksgemeinschaft oder der einzelne Volksgenosse in Not und Gefahr gleich welcher Art befinden — also auch über die Fälle des Strafgesetzes hinaus —, die Pflicht zum Einsatz zur Hilfeleistung jeglicher Art besteht. Die aus tiefstem Pflichtgefühl kommende Einsatzbereitschaft des Frontsoldaten, des alten Kämpfers und des SA.-Mannes muß allen zum leuchtenden Vorbild werden.

Es wird nun nicht möglich und auch nicht geboten sein, alle vorkommenden Verletzungen dieser umfassenden Hilfe- und Einsatzpflicht mit Strafe zu erfassen. Man wird aber von diesem Gedanken des unbedingten Einsatzes für die Volksgemeinschaft und des Einstehens für den Volksgenossen aus den Maßstab dafür gewinnen, wann und in welchem Maße die Unterlassung des Einsatzes und des Einstehens als Pflichtverletzung strafrechtliche Sühne heischt. Eine bestimmte Gesetzesvorschrift wäre weder möglich noch wünschenswert. Es kommt zu sehr auf den einzelnen Fall an. Es soll auch einer künftigen organischen Entwicklung des völkischen Nothilfegedankens Raum gelassen bleiben. Die Novelle will der Schwierigkeit einer näheren Umschreibung der Voraussetzungen und des Ausmaßes der Hilfeleistungspflicht grundsätzlich durch die Einführung des Maßstabes der gesunden Volksanschauung Rechnung tragen.

Die Strafgesetznovelle v. 28. Juni 1935 soll die endgültige Neuschöpfung des Strafrechts vorbereiten. Im einzelnen werden inzwischen unter anderem noch folgende Punkte zu prüfen sein: Nach der Neufassung der Nothilfebestimmung ist die Nichtbefolgung einer polizeilichen Aufforderung zur Hilfeleistung nur als Beispiel aufgeführt. Auch für diesen besonderen Fall hat daher die allgemeine Voraussetzung zu gelten, daß nach gesunder Volksanschauung eine Pflicht zur Hilfeleistung bestand. Denn es soll ja nicht der Ungehorsam gegenüber einer polizeilichen Anordnung, sondern die Verletzung der Hilfeleistungspflicht unter Strafe gestellt werden. Man könnte, wie oben bereits ausgeführt, daran denken, daß die Erwähnung dieses besonderen Falles überhaupt nicht nötig wäre. Weiterhin könnte man daran zweifeln, ob im Falle seiner Erwähnung gerade hier als Voraussetzung für eine Bestrafung vorzuschreiben ist, daß die Hilfeleistung ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten erfolgen kann. Ist es überhaupt gerechtfertigt, ohne Rücksicht auf die Größe der Gefahr, auf die Person des Gefährdeten oder auf die sonstigen Umstände die Pflicht zum Einsatz so weitgehend einzuschränken, daß die Hilfeleistung ohne erhebliche eigene Gefahr muß erfolgen können? Die Berücksichtigung der Pflichtenkollision im Strafgesetz ist an und für sich zu begrüßen. Denn sie deutet auch in die Richtung des in den Leitsätzen des Reichsrechtsamtes geforderten Aufbaues des ganzen Strafrechts auf dem Pflichtgedanken. Es wird in der Folgezeit nur noch zu prüfen sein, ob die Berücksichtigung der Pflichtenkollision ausdrücklich nur auf den Sonderfall der Hilfeverweigerung trotz polizeilicher Aufforderung beschränkt bleiben soll, ferner, ob es nicht in Wirklichkeit darauf ankommt, daß evtl. eine höhere Pflicht die Nothilfepflicht in den Hintergrund treten läßt; im übrigen könnte vielleicht gerade in diesem Falle eine ausdrückliche Er-

wähnung der Pflichtenkollision in der nunmehrigen Form entbehrlich sein. Es wird bei der endgültigen Fassung des Strafrechts noch zu untersuchen sein, ob die beibehaltene Formulierung: „Bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not" nicht noch bestimmter und dabei doch noch weiter, umfassender gewählt werden kann. Man wird auch Erfahrungen darüber machen müssen, ob sich in der Praxis der beschränkte Strafrahmen als genügend erweist.

Wenn die Unterlassung der Nothilfe im Strafgesetz nicht mehr als Übertretung einer polizeilichen Anordnung, sondern als bedeutungsvollere Pflichtverletzung behandelt wird, dann bedarf auch das Verhältnis dieses neuen Vergehens zu der Frage der Begehung einzelner Straftaten durch Unterlassung einer grundsätzlichen Klärung. Das noch geltende Strafgesetz enthält, abgesehen von den ausdrücklich unter Strafe gestellten Unterlassungen, keine Regelung der Begehung von einzelnen Straftaten durch Unterlassung. Ohne daß auf Einzelheiten und Besonderheiten eingegangen zu werden braucht, kann wohl behauptet werden, daß nach der überwiegenden Rechtsprechung und Rechtslehre einzelne Straftaten grundsätzlich nur dann auch durch Unterlassung begangen werden, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln, insbesondere zur Abwehr oder Abwendung des verbrecherischen Erfolgs bestand und diese Rechtspflicht verletzt wurde. Unter Rechtspflicht ist dabei eine Pflicht zu verstehen, die auf ein ausdrückliches gesetzliches Gebot oder Verbot gegründet ist oder aus einem bestimmten Rechtsverhältnis erwächst. Eine sittliche Pflicht zum Handeln erachten Rechtsprechung und Rechtslehre nicht als genügend.

Der Begriff der Rechtspflicht muß ohne Zweifel durch die Neugestaltung des Strafrechts im nationalsozialistischen Sinne selbst eine bedeutsame Umgestaltung erfahren. An die Stelle formeller Rechtspflichtauffassung, die ein bestimmtes Gesetzesgebot oder ein bestimmtes gesetzlich begründetes Rechtsverhältnis als Grundlage der Pflicht verlangt, muß die materielle Rechtspflichtauffassung treten, nach der Rechtspflicht, sittliche Pflicht, Treuepflicht, völkische Pflicht eins sind. Die vom Reichsrechtsamt, Reichsleiter Dr. Hans Frank, herausgegebenen Strafrechtsleitsätze führen hierüber auf S. 20 aus:

„Dem deutschen Volke ist ein ganz stark ausgeprägtes Pflichtgefühl eigen. Die Pflicht ist ihm stets eine Treuepflicht. Der Deutsche ist daher bereit, sie mit seiner ganzen deutschen Treue bis zum letzten Einsatz zu erfüllen. Die gleiche Erfüllungsbereitschaft verlangt er aber auch von dem ihm durch die Treue Verpflichteten. Die Erfüllung der Treuepflicht ist ihm Erfüllung höchster sittlicher Pflicht. Seine Pflicht zur Treue nimmt der Deutsche nicht aus einem staatlichen Gesetz; sie ist ihm tief in die Seele geschrieben; sie ist ihm ohne weiteres in der Treuegemeinschaft begründet. Es ist das große Verdienst des Nationalsozialismus, daß er an die Stelle von Einzelinteressen, Sonder- und Vorrechten mit unerhörter Konsequenz die Pflicht stellte. Leben und Zukunft des ganzen deutschen Volkes hängen davon ab, daß jeder Volksgenosse seine Pflicht bis zum letzten erfüllt. Aus dem starken Pflichtgefühl des deutschen Volkes entspringt sein ausgeprägtes Rechtsgefühl. Nur wer die Treue hält, kann auch Rechte haben. Treuepflicht und Rechtspflicht, Pflichtwidrigkeit und Rechtswidrigkeit sind eins. Die Verletzung der Treuepflicht ist zugleich Verletzung sittlicher Pflicht. Deutsches Rechtsgefühl und Sittlichkeitsempfinden klingen zusammen. Es wird Aufgabe des Staates sein, sein Recht so zu gestalten und anzuwenden, daß es diesen Einklang von Recht und Sittlichkeit nicht störe, sondern hell und stark widerklinge."

Es wird wohl niemand behaupten können, daß die „Pflicht", die nunmehr in die neue Nothilfebestimmung Aufnahme gefunden hat, nicht eine Rechtspflicht im wahrsten, besten und höchsten Sinne ist. Der Gesetzgeber wird in zwingender Folgerichtigkeit diesen neuen Gedanken der Rechtspflicht auch bei der endgültigen Neuschöpfung des ganzen Strafrechts zum beherrschenden Grundsatz machen müssen. Bis dahin werden aber bereits Rechtsprechung und Rechtslehre dem neuen Pflichtgedanken u. a. auch bei Behandlung der Unterlassungsdelikte Rechnung tragen müssen.

Die Frage der Unterlassungsdelikte ist durch die neue Nothilfebestimmung in keiner Weise irgendwie gegenstandslos geworden. Die Bestrafung der Nothilfeverweigerung und die Erfassung besonderer Unterlassungsdelikte werden sich zur Durchsetzung des Pflichtgedankens gegenseitig ergänzen müssen. Es wird dabei allerdings nicht genügen, das Unterscheidungsmerkmal darin zu sehen, daß bei der Begehung der einzelnen Straftat durch Unterlassung als Voraussetzung eine Rechtspflicht (im alten Sinne) zum Handeln vorliegen muß. Es wird vielmehr, ohne daß in diesem Rahmen auf weitere Einzelheiten, z. B. auf die Berücksichtigung von Fahrlässigkeitsdelikten, eingegangen werden soll, in den Fällen, wo an ein Zusammentreffen von Nothilfeverweigerung und Unterlassungsdelikten gedacht werden könnte, grundsätzlich vor allem auf folgendes ankommen:

Wer durch eine pflichtwidrige (im neuen Sinn) Unterlassung einen sogenannten verbrecherischen Erfolg herbeiführen oder an seiner Herbeiführung mitwirken will, wird selbstverständlich aus diesem besonderen Strafgesetz, also als Mörder, Brandstifter usw., zu bestrafen sein. Ist es dem Pflichtsäumigen nicht um die Herbeiführung des Erfolgs zu tun und liegt eine bloße Verletzung der allgemeinen Hilfeleistungspflicht vor, dann hat die Bestrafung aus dem neuen § 330 c StGB. zu erfolgen. Darüber hinaus wird auch dann, wenn eine besondere Treuepflicht zum Handeln, zur Hilfeleistung, zum Schutz usw. gegeben ist und diese Pflicht verletzt wird, zu prüfen sein, ob die Bestrafung aus dem einzelnen besonderen Strafgesetz zu erfolgen hat. Ein Polizeibeamter, der seine Pflicht zur polizeilichen Abwehr eines Verbrechens versäumt und dabei die Tötung eines Menschen geschehen läßt, wird nicht aus der allgemeinen Nothilfebestimmung, sondern wegen Tötung zu bestrafen sein, wobei in diesem Rahmen auf die Frage der vorsätzlichen oder fahrlässigen Begehung nicht eingegangen werden soll. Diese besondere Treuepflicht wird dabei in der Hauptsache die Fälle der bisherigen Rechtspflicht zum Handeln umfassen und darüber hinaus auch die Fälle treffen, bei denen eine Rechtspflicht im bisherigen Sinne nicht vorlag, bei denen aber die Verletzung einer besonders erhöhten Treuepflicht die Bestrafung aus dem einzelnen Strafgesetz verlangt. Die Fälle werden sich von denen der allgemeinen Hilfeleistungspflicht dadurch unterscheiden, daß ein besonderes Treueverhältnis zwischen den in Not befindlichen und dem Pflichtsäumigen vorlag oder daß diesem kraft seines Berufes, kraft seiner Stellung innerhalb der Volksgemeinschaft usw. eine erhöhte Pflicht zur Hilfeleistung und zum Eingreifen oblag oder daß sonstige Beziehungen und Umstände eine über die allgemeine Pflicht zur Hilfeleistung hinausgehende verschärfte Pflicht erstehen lassen.

Durch die Einführung der neuen Nothilfestrafbestimmung wird natürlich auch die Behandlung der Fragen der Notwehr und des Notstandes berührt, wenigstens soweit es sich um ein Eingreifen zugunsten eines anderen bedrohten oder in Not befindlichen Volksgenossen handelt. Wie überhaupt im neuen Strafrecht mehr nach der Pflichtwidrigkeit als der sogenannten Rechtswidrigkeit gefragt werden muß, so muß auch das Problem der Notwehr- und Notstandshandlung zugunsten eines anderen in erster Linie aus der Frage nach der Pflicht heraus betrachtet werden. Der Volksgenosse hat nicht nur das Recht, sondern er hat die Pflicht, zugunsten eines bedrohten, angegriffenen oder in Not befindlichen Volksgenossen zu handeln, ihm beizuspringen und dabei in die Rechts- und Persönlichkeitssphäre des Angreifers und, wenn es sein muß, darüber hinaus auch in die irgendeines anderen einzugreifen, wenn dieser Eingriff zum Schutze und zur Rettung des bedrohten und bedrängten Volksgenossen notwendig ist. Der allgemeinen Pflicht, die Persönlichkeit, die Werte und Güter eines anderen zu achten und unangetastet zu lassen, geht die Pflicht der Nothilfe grundsätzlich vor.

Wer einen Volksgenossen pflicht- und rechtswidrig angreift, hat insoweit sein Recht auf Achtung seiner Persönlichkeit usw. verwirkt. Der Angegriffene hat das von deutschem Rechtsempfinden geforderte Recht, sich zu wehren. Der dritte

Volksgenosse hat Pflicht und Recht, dem Angegriffenen beizuspringen. Selbstverständlich erhält dabei der angegriffene und der helfende Volksgenosse keinen Freibrief zu einem uneingeschränkten Vorgehen gegen den Angreifer. Auch der Angegriffene und sein Helfer haben die Pflicht, in die Persönlichkeits-, Lebens- und Rechtssphäre des Angreifers nicht mehr einzugreifen, als es zur Abwehr des Angriffs erforderlich ist und als es nach deutschem Rechtsempfinden der Schwere und Gefährlichkeit des Angriffs usw. angemessen erscheint.

Unter den gleichen Gesichtspunkten lassen sich auch die Notstandshandlungen betrachten, wobei davon ausgegangen wird, daß im künftigen Strafgesetzbuch eine wesentliche Ausdehnung des Begriffes und der Voraussetzungen des Notstandes zu erwarten ist. Der Volksgenosse hat — natürlich unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmtem Umfange — die Pflicht, zur Beseitigung der einem anderen drohenden Gefahr oder Not nicht nur selbst handelnd beizuspringen, sondern auch seine Werte und Güter zur Verfügung zu stellen und, wenn nötig, Eingriffe zu dulden. So erkennen wir, daß dann, wenn ein Volksgenosse, um einen Notstand von einem anderen abzuwenden, in die Lebenssphäre eines Dritten eingreift, der erstere seiner Pflicht zum Handeln, zum aktiven Helfen nachkommt, und dem letzteren die Pflicht zum Dulden des Eingreifens obliegt. Die Eingriffe und die Pflicht, sie zu dulden, haben selbstverständlich ihre dem gesunden und natürlichen Rechtsempfinden entsprechenden Grenzen. Der Eingriff darf den zur Duldung verpflichteten Volksgenossen nicht eine größere Not bringen, als die, aus der der bedrohte Volksgenosse gerettet werden soll. Ein solches Opfer darf der gefährdete Volksgenosse auf Grund seiner Treueverbundenheit auch nicht verlangen. Der Eingriff muß vielmehr an Bedeutung hinter der Not und Gefahr des bedrängten Volksgenossen zurücktreten. Der Maßstab für diese Abwägung kann nicht starr nach den einzelnen „Rechtsgütern", die bedroht sind oder in die eingegriffen wird, ausgerichtet sein. Er kann nur in jedem einzelnen Fall aus dem Gedanken der Volksgemeinschaft, der Treuepflicht, der gesunden völkischen Erkenntnis, was recht und billig ist, gewonnen werden. Von dem Volksgenossen muß erwartet werden, daß er sich in jedem Falle seiner Pflicht, der Gebote und der Grenzen der Billigkeit bewußt ist und sein Handeln nach Gerechtigkeit und Billigkeit einrichtet. Von dem Rechtswahrer muß erwartet werden, daß er in dem einzelnen Fall intuitiv die Lage richtig erfaßt und gerecht beurteilt und im übrigen alles tut, um überall dort, wo deutsches Rechtsempfinden im Volke verschüttet ist, den lebendigen Quell deutschen Volksrechtes wieder zum Fließen zu bringen.

Zum Schluß soll in diesem Rahmen nur noch auf einen Punkt eingegangen werden, auf die Stellung des fremden Volkes und des fremden Volksgenossen in diesem Fragenzusammenhang. Die Zeiten sind längst vorüber, in denen sich Rechtsordnung und Rechtsleben des Volkes einmal fast ausschließlich innerhalb der geschlossenen Volksgemeinschaft ausgewirkt haben mögen. Die Beziehungen zwischen den Völkern sind heute so eng und vielgestaltig, daß auch deutsche Volksgenossen von fremden Rechtsordnungen und Fremde von der deutschen Rechtsordnung erfaßt werden müssen. Was die Frage der Nothilfe angeht, so läßt sich auf jeden Fall folgendes sagen: Einmal braucht kein weiteres Wort darüber verloren zu werden, daß es nach deutschem Rechts- und Sittlichkeitsempfinden eine selbstverständliche Pflicht ist, auch dem Fremden, der in Not und Gefahr ist, beizuspringen. Der Deutsche wird sogar seine ganz besondere Ehre daransetzen, in einem solchen Falle seiner Hilfeleistungspflicht in besonders gründlicher Weise nachzukommen. Das haben schon viele deutsche Volksgenossen, sei es in Seenot oder bei sonstigen Gefahren, zur Genüge bewiesen. Es besteht wirklich kein Anlaß zu einer Befürchtung, daß bei einem Aufbau des Strafrechts auf dem Gedanken völkischer Treueverbundenheit der Fremde im deutschen Volke rechtlos, hilfelos, schutzlos oder gar vogelfrei werde. Das deutsche Volk zeichnet sich geradezu durch eine ganz besondere Fürsorge für den Gast, für den Fremden aus. Der Deutsche kennt in besonderem Maße das Gefühl der Treue auch gegenüber dem Fremden. Das werden zahllose Volksfremde sicherlich nur bestätigen können. Es muß allerdings von einem Fremden, der Gast im deutschen Volke ist, der mit ihm in irgendwelche Beziehungen tritt, verlangt werden, daß er sich andererseits der gastlichen Aufnahme, der ihm entgegengebrachten Achtung und Treue würdig erweist und sich dessen bewußt ist, daß er auch gegenüber seinem Gastvolke und dessen Gliedern Pflichten hat und deren Gastfreundschaft nicht mißbrauchen darf. Auch im fremden Lande ist der Deutsche sicherlich ganz besonders bemüht, sich ein- und unterzuordnen und seine Pflichten gegenüber dem Gastvolk auf das gewissenhafteste zu erfüllen. Im übrigen darf wohl behauptet werden, daß von demjenigen, der seine volksgenössischen Treuepflichten kennt und ordentlich erfüllt, erwartet werden kann, daß er auch im fremden Volke oder dem Fremden in seinem eigenen Volke gegenüber seiner Pflichten bewußt ist. Wer aber nicht einmal die Pflichten seinem eigenen Volke gegenüber erfüllt, der ist auch für ein fremdes Volk kein Gewinn und von dem muß auch erwartet werden, daß er den Fremden und das fremde Volk verrät, wenn es seinen eigennützigen Interessen dient.

Das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935

(RGBl. I, 839)

Von Oberlandesgerichtsrat Dr. Karl Schäfer, Berlin

Die am 1. Sept. dieses Jahres in Kraft tretende Strafgesetznovelle, die vierte seit dem Umbruch, die tiefgreifende Änderungen des Strafrechts mit sich bringt, enthält zwei Gruppen von Vorschriften: teils solche, die dringend hervorgetretenen Bedürfnissen Rechnung tragen sollen — dies ist bei der weit überwiegenden Zahl der neuen Bestimmungen der Fall —, teils solche, die sich als Teilvorwegnahme der künftigen Gesamtreform darstellen und die dazu dienen, in Fortsetzung der mit den vorangegangenen drei Novellen begonnenen Arbeit das nationalsozialistische Gedankengut in das geltende Recht zu tragen und der Gesamtreform den Weg zu bereiten — es sind dies die Vorschriften über Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze (Art. 1) und über die Wahlfeststellung (Art. 2). Der Inhalt der Novelle soll im folgenden in Kürze dargestellt werden.

I. Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze (Art. 1 des Ges.)

1. Der neue § 2 StGB. verwirklicht einen der tragenden Grundgedanken des künftigen StGB., den Gedanken, daß an die Stelle der formellen Unrechtsauffassung des bisher geltenden Rechts die materielle Unrechtsauffassung zu treten habe. Grundlage der Bestrafung ist künftig nicht mehr ausschließlich das gesetzte Recht, sondern auch, wenn das gesunde Volksempfinden Bestrafung erfordert, die Zuwiderhandlung gegen den in einem Gesetz zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken. Statt „nulla poena sine lege" gilt jetzt der Satz: „nullum crimen sine poena".

Auf die Gründe für diesen Wandel der Betrachtung im einzelnen einzugehen, ist hier nicht der Ort. Wer sich darüber

unterrichten will, sei auf das reichhaltige Schrifttum[1]) verwiesen. Hier handelt es sich darum, etwas näher auf die Bedeutung der neuen Vorschrift einzugehen:

Nach § 2 Abs. 1 n. F. ist strafbar, „wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient". Die Zulässigkeit der entsprechenden Anwendung stellt sich danach also nicht als die Ausnahme von der Regel dar, daß grundsätzlich nur ein Strafgesetz Grundlage der Bestrafung sein könne; vielmehr sind Gesetz und Rechtsgedanke gleichrangige Erkenntnisquellen des materiellen Rechts. Praktisch ist freilich nach wie vor das Gesetz als der verkörperte Führerbefehl die vornehmste und wichtigste Rechtserkenntnisquelle. Nur da, wo auch eine nicht am Buchstaben haftende, sondern Sinn und Zweck der Vorschrift berücksichtigende Auslegung sich nicht in der Lage sähe, ein Handeln mit dem Wortlaut des Gesetzes zu fassen, das ersichtlich dem Grundgedanken eines Gesetzes zuwiderläuft und das weiterhin mit dem Sittengebot der völkischen Gemeinschaftsordnung unverträglich ist und deshalb nach gesundem Empfinden des Volkes Bestrafung fordert, nur da hat der Richter das Recht und zugleich die Pflicht, die Bestrafung auf die entsprechende Anwendung des Strafgesetzes zu stützen. Zwei Voraussetzungen sind es also, die ein Hinausgehen über den Rahmen des geschriebenen Rechtes rechtfertigen und gebieten:

a) Die Tat muß zunächst dem Grundgedanken eines Strafgesetzes (der ratio legis) zuwiderlaufen; dagegen kommt es nicht auf die Ähnlichkeit des äußeren Tatbildes an. Das Gesetz macht keinen Unterschied zwischen der Gesetzes- und der sog. Rechtsanalogie. Die Frage, in welchem Umfang der Richter den Grundgedanken eines Gesetzes verallgemeinern, inwieweit er den Rechtsgedanken aus der Zusammenschau einer Mehrzahl von Rechtsgedanken gewinnen darf, läßt sich nicht allgemein beantworten. Zwei Grenzen müssen jedenfalls innegehalten werden: einmal muß der Verbotstatbestand stets aus dem Grundgedanken eines bestimmten Strafgesetzes gewonnen werden. Daraus folgt, daß die Herausarbeitung einer ratio legis, die von der im Gesetz vorgenommenen konkreten Ausgestaltung des Rechtsgedankens völlig oder in weitestem Umfang absehen würde und nur einen ganz allgemeinen Gedanken übrig ließe, dem Willen des Gesetzes nicht entspricht; dieses verwehrt dem Richter, auf die höchsten Höhen der Betrachtung emporzusteigen und den Grundgedanken so zu verallgemeinern, daß die Verbindung mit dem gesetzlichen Tatbestand in seiner konkreten Ausgestaltung völlig gelöst ist. Zum anderen muß der Richter stets prüfen, ob nicht aus der Gestaltung der Norm der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen ist, das Gebot oder Verbot nicht weiter auszudehnen und damit eine Überschreitung der gesetzten Grenzen im Wege entsprechender Anwendung des Grundgedankens auszuschließen. Denn der Richter soll ja nur da, wo es menschlicher Unzulänglichkeit nicht gelungen ist, den gesetzgeberischen Willen in die umfassende Form zu kleiden, oder wo der Gesetzgeber bei der Gestaltung der Norm nicht in der Lage war, die Fülle der Möglichkeiten zu übersehen, der verständnisvolle Verbündete des Gesetzgebers werden; nicht aber ist es seine Aufgabe, da, wo der Gesetzgeber aus wohlerwogenen Gründen und in weiser Selbstbeschränkung nicht weitergehen wollte, sich dessen Aufgabe anzumaßen. Wenn daher — um die in der amtlichen Begründung angeführten Beispiele zu gebrauchen — das Gesetz in § 175 bewußt nur die gleichgeschlechtliche Unzucht zwischen Männern mit Strafe bedroht, so geht es nicht an, die lesbische Liebe auf Grund des § 2 StGB. zu bestrafen. Und wenn der Gesetzgeber bestimmte Altersgrenzen festsetzt, wie z. B. in § 176 Nr. 3 oder in § 182 StGB., so wäre es unzulässig, wenn der Richter das Strafgesetz auch in einem Falle entsprechend anwenden wollte, in dem die geschützte Person, obwohl sie die betreffende Altersgrenze schon überschritten hat, doch nach ihrer körperlichen und geistigen Entwicklung auf der Stufe der Altersklassen zurückgeblieben ist, die der Gesetzgeber hat schützen wollen. Denn durch die starre Festlegung eines bestimmten Schutzalters hat das Gesetz zum Ausdruck gebracht, daß es um der Rechtssicherheit willen in Kauf nimmt, daß in Ausnahmefällen sein Zweck nicht voll erreicht wird. Eine besonders sorgfältige Prüfung, ob das Gesetz gewollte Grenzen enthält, ist — auch hierauf weist die amtliche Begründung hin — auf dem Gebiet des Nebenstrafrechts, insbesondere des Wirtschaftsrechts geboten. Denn hier handelt es sich nicht selten um reine Ordnungsvorschriften ohne einen spezifisch ethischen Akzent, in denen die Pflichten, die sie auferlegen, und deren Verletzung unter Strafe gestellt ist, rein positivrechtlich festgelegt sind. Das gleiche gilt auf dem Gebiet des polizeilichen Unrechts.

b) Die weitere Voraussetzung der Strafbarkeit ist, daß die Tat nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Die Feststellung, die der Richter hier zu treffen hat, ist eine wertende. Er darf sich nicht damit begnügen, festzustellen, wie das Volk oder der in Frage kommende Teil des Volkes über die Strafwürdigkeit tatsächlich denkt, sondern er muß prüfen, ob das fragliche Verhalten mit den Erfordernissen und Bedürfnissen der völkischen Gemeinschaftsordnung vereinbar ist oder ob es die Mißbilligung der Volksgesamtheit verdient. Eine laxe, ungesunde Rechtsauffassung, die in bestimmten Volkskreisen oder gar bei der Mehrheit des Volkes etwa Fuß gefaßt haben sollte, könnte daher nicht als maßgebend angesehen werden. Wenn es aber andererseits einmal vorkommen sollte, daß ein Gesetz, etwa ein strafrechtliches Nebengesetz, im ganzen Volk als verfehlt erkannt würde, so könnte es nicht analog angewandt werden.

Liegen die vorbezeichneten Voraussetzungen einer entsprechenden Gesetzesanwendung vor, so muß der Richter bestrafen; in den neuen §§ 170a, 267a (Art. 1 des Ges. zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens usw. vom 28. Juni 1935 [RGBl. I, 844]) hat diese Pflicht auch ihren verfahrensrechtlichen Ausdruck gefunden. Dabei taucht die Frage auf, aus welchem Strafgesetz die Strafe zu entnehmen ist, wenn eine Tat nach dem Grundgedanken verschiedener Strafgesetze strafbar erscheint. In dem bekannten Fall des Münzfernsprecherbetrugs (vgl. RGSt. 68, 65) beispielsweise kämen, wenn nicht der neue § 265a geschaffen worden wäre, Betrug, Münzfälschung und Entziehung elektrischer Kraft in Betracht. Oder wie wäre, wenn es nicht das Sondergesetz v. 9. April 1900 gäbe, die Entziehung elektrischer Energie strafbar? Als Diebstahl, Unterschlagung oder Betrug? Die Antwort auf diese Frage gibt § 2 Abs. 1 Satz 2 StGB. n. F., indem er bestimmt, daß in Fällen dieser Art die Tat nach dem Gesetz zu bestrafen sei, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.

Durch die neuen Vorschriften in Art. 1 Nr. 1 b und c der Strafprozeßnovelle v. 28. Juni 1935 ist für die Wahrung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Analogierechtsprechung gesorgt.

2. Gleichzeitig haben die Vorschriften über die zeitliche Geltung der Strafgesetze eine Umgestaltung erfahren.

a) § 2a Abs. 1 n. F. wiederholt zunächst den Grundsatz des bisher geltenden Rechts, daß Strafbarkeit und Strafe sich grundsätzlich nach dem zur Zeit der Tatbegehung geltenden Recht (Gesetz und Rechtsgedanke: § 2 n. F.) richten. Damit hält die Novelle auch an dem Grundsatz der Nichtrückwirkung der Strafgesetze fest, und zwar sowohl für den Fall, daß eine zur Zeit ihrer Begehung straflose Tat später mit Strafe bedroht wird, oder daß die Strafbarkeit einer zur Tatzeit mit Strafe bedrohten Tat später wegfällt, wie auch für den Fall, daß die Strafdrohung für eine bereits zur Zeit der Begehung strafbare Handlung später gemildert oder verschärft wird. Dieser Grundsatz ist, soweit es sich um die Rückwirkung des milderen Gesetzes handelt, durch § 2a Abs. 2 n. F. in gewissem Umfang durchbrochen

[1]) Vgl. insbes. die eindringenden Darlegungen Freislers, „Schutz des Volkes oder des Rechtsberufes? Fesselung des Verbrechers oder des Richters" in DStr. 1935, 1 ff. und die einschlägigen Mitteilungen in dem Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission (Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Bd. 1, S. 128 ff.).

(vgl. darüber unten zu b). Die Erwägungen, die dazu Veranlassung gaben, dem von manchen Seiten geäußerten Wunsch nach Rückwirkung eines neuen strafbegründenden oder strafschärfenden Gesetzes keine Folge zu geben, sind in dem Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission Bd. 1 S. 135 ff. dargelegt; auf diese Darstellung muß hier verwiesen werden. Hier sei daraus nur in Kürze folgendes hervorgehoben: Eine Vorschrift etwa des Inhalts, daß auch eine zur Zeit der Begehung nicht strafbare Tat unter ein späteres Strafgesetz fallen müsse, falls die Handlung zur Zeit ihrer Begehung schon strafwürdig erschien, würde bedeuten, daß — unter der gedachten Voraussetzung — jedes neue Strafgesetz, das einen bis dahin nicht bekannten Tatbestand enthält, alle vor dem Inkrafttreten begangenen, unter den Tatbestand fallenden Handlungen rückwirkend bis zur Verjährung erfassen würde. Der Richter müßte dann in jedem einzelnen Fall feststellen, ob und von welchem Zeitpunkt ab während des Zeitraums zwischen dem Eintritt der Verjährung und dem Inkrafttreten des Gesetzes eine allgemeine Überzeugung von der Strafwürdigkeit bestanden hat. Die Schwierigkeiten einer solchen Feststellung liegen auf der Hand. Die Wirkung einer derartigen Vorschrift wäre nicht nur eine ungeheure Rechtsunsicherheit, sie würde auch, wie zu befürchten ist, zu einer Fülle von Denunziationen Veranlassung geben. Angesichts solcher Schwierigkeiten und Nachteile wäre deshalb die grundsätzliche Rückwirkung nur geboten, wenn sie einem dringenden Bedürfnis entspräche. Das ist aber nicht der Fall. Denn es ist davon auszugehen, daß im totalen Volksstaat, dessen Rechtsideal die Übereinstimmung von Recht und Moral, von geschriebenem Recht und dem in der Überzeugung des Volkes wurzelnden Rechtsbewußtsein ist, die politische Führung vermöge der inneren Verbundenheit von Volk und Staat in dem Augenblick eine strafgesetzliche Reaktion wird eintreten lassen, in dem ein bestimmtes Verhalten im Volk allgemein als volksschädlich und verwerflich erkannt wird. Es kommt hinzu, daß in den Fällen, in denen ein Verhalten, ohne den Tatbestand eines geschriebenen Strafgesetzes zu erfüllen, allgemein mißbilligt wird, regelmäßig die oben gekennzeichneten Voraussetzungen für die entsprechende Anwendung einer geltenden Strafbestimmung gegeben sein werden. Hält der Gesetzgeber im Einzelfalle eine Rückwirkung für angebracht, so mag er diese jeweils in dem einzelnen Gesetz anordnen.

Die gleichen Erwägungen stehen einer allgemeinen Rückwirkung einer neu eingeführten Strafverschärfung entgegen, denn hier ist die Feststellung, ob wirklich eine allgemeine Überzeugung über das Maß der Strafwürdigkeit zu einem bestimmten früheren Zeitpunkt gegeben war, noch viel schwieriger als die Feststellung, ob die allgemeine Auffassung eine Bestrafung der Tat forderte. Auch hier ist es deshalb richtiger, von einer allgemeinen Rückwirkungsvorschrift abzusehen; ist im Einzelfall eine Rückwirkung erwünscht, so kann der Gesetzgeber sie — nach dem Vorbild der sog. lex van der Lubbe (§ 1 des Ges. vom 29. März 1933 [RGBl. I, 151]) — im Einzelfall vorschreiben.

b) Hingegen läßt § 2a Abs. 2 im Anschluß an das bisherige Recht aus Billigkeitsgründen eine Rückwirkung des milderen (einschließlich des die Strafdrohung gänzlich aufhebenden) Gesetzes zu. Während jedoch § 2 Abs. 2 a. F. diese Rückwirkung zwingend vorschrieb, ist sie jetzt in das Ermessen des Gerichts gestellt, offenbar aus der Erwägung heraus, daß der Täter doch immerhin dem zur Tatzeit noch bestehenden und für ihn verbindlichen Gesetzesbefehl zuwidergehandelt hat und daß die Tatsache, daß vielleicht aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen das Gesetz nachträglich gemildert worden ist, ihm vom Standpunkt der Billigkeit aus gesehen keinen Anspruch auf die Anwendung des milderen Rechts geben kann. Aus welchen Gründen die Milderung eingetreten ist, ob sie auf einem Wandel der Anschauungen über die Strafwürdigkeit der Tat beruht oder nur erfolgte, weil die besonderen tatsächlichen Verhältnisse, wegen deren das Gesetz erlassen worden ist, weggefallen sind, spielt keine Rolle (vgl. jedoch unten c). Während ferner nach § 2 a. F. auch das mildere Zwischengesetz, d. h. eine nach der Begehung eintretende, zur Zeit der Aburteilung aber schon wieder beseitigte Milderung dem Täter zugute kam, ist nach dem neuen § 2a Abs. 2 nur eine Milderung des zur Zeit der Aburteilung geltenden Rechts gegenüber dem Recht zur Zeit der Tatbegehung entscheidend. Und schließlich ist, während nach dem bisherigen Recht eine nach der Aburteilung in der letzten Tatsacheninstanz eintretende Milderung für das RevG. grundsätzlich ohne Bedeutung war und von ihm nicht berücksichtigt werden konnte (LpzKomm. [5] Anm. VI zu § 2), nach dem neuen § 354a StPO. (in der Fassung von Art. 8 Nr. 1a der Strafprozeßnovelle v. 28. Juni 1935) jetzt auch das RevG. in die Lage, eine nach der letzten Tatsacheninstanz eingetretene Milderung oder Aufhebung eines Strafgesetzes zu berücksichtigen; ob es von dieser Möglichkeit Gebrauch machen will, ist — ebenso wie bei dem Tatrichter — in sein Ermessen gestellt.

An dem Grundsatz, daß eine nach rechtskräftiger Aburteilung eintretende Milderung dem Verurteilten nicht zugute kommt, sondern daß es gegebenenfalls Sache der Gnade ist, einen Ausgleich zu schaffen, hat die Novelle festgehalten.

c) Von dem Grundsatz, daß dem milderen Gesetz nach dem Ermessen des Gerichts rückwirkende Kraft zukommt, macht § 2a Abs. 3 — insoweit in Einklang mit der bisherigen herrschenden Meinung — eine Ausnahme für die sog. Zeitgesetze, d. h. solche Gesetze, die von vornherein nur für einen bestimmten Zeitraum erlassen worden sind, mag er nun kalendermäßig oder sonstwie bestimmt sein. Hier wäre es nicht angängig, Straftaten, die während der Geltungsdauer des Gesetzes begangen sind, straflos zu lassen, wenn sie bis zum Außerkrafttreten des Gesetzes durch Zeitablauf noch nicht rechtskräftig abgeurteilt sind. Denn das würde praktisch nichts anderes bedeuten, als daß das Strafgesetz — mindestens gegen Ende seiner Geltungsdauer — seiner Wirksamkeit zum guten Teil entkleidet würde, weil jeder Täter sich der Hoffnung hingibt, die Verfolgung seiner Straftat, wenn diese überhaupt vor Ablauf der Geltungsdauer entdeckt wird, so lange hinziehen zu können, bis der Zeitpunkt des Außerkrafttretens gekommen ist. Gerade der autoritäre Staat kann sich daher mit einer solchen Regelung am wenigsten einverstanden erklären. Deshalb sieht der § 2a Abs. 3 vor, daß Zuwiderhandlungen gegen Zeitgesetze auch noch nach deren Außerkrafttreten zu bestrafen sind.

d) Die Vorschrift in § 2a Abs. 4 n. F., wonach über Maßregeln der Sicherung und Besserung nach dem zur Zeit der Entscheidung geltenden Recht zu bestrafen ist, entspricht dem bisherigen Recht (§ 2a a. F.). Neu ist, daß auch hier nicht mehr der Zeitpunkt der Aburteilung in der letzten Tatsacheninstanz maßgebend ist, sondern daß nach dem neuen § 354a StPO. das RevG. auch ein erst nach diesem Zeitpunkt in Kraft getretenes Gesetz über Maßregeln der Sicherung und Besserung anwenden darf.

II. Verhütung ungerechter Freisprechungen durch Zulassung der Wahlfeststellung (Art. 2 des Gesetzes)

Das Bestreben, den Richter von Fesseln zu befreien, die ihn an der Bestrafung des materiellen Unrechts hindern, hat dem Gesetzgeber Veranlassung gegeben, die Frage nach der Zulässigkeit der sog. Wahlfeststellung zu regeln, deren Erörterung bekanntlich durch die Plenarentscheidung des RG. v. 2. Mai 1934 (RGSt. 68, 257) und den versehentlich in JW. 1934, 294 veröffentlichten Urteilsentwurf in lebhaften Fluß gekommen ist. Was soll geschehen, wenn nach Lage der Sache nicht zweifelhaft ist, daß der Angeklagte einen bei ihm vorgefundenen Gegenstand entweder gestohlen oder gehehlt hat, eine eindeutige Tatsachenfeststellung aber nicht möglich ist? Die frühere Rechtsprechung des RG., die eine Wahlfeststellung nur zuließ, wo lediglich verschiedene Ausführungsarten desselben Verbrechens oder Vergehens in Betracht kommen, die vom Gesetz als gleichwertig angesehen werden,

stellte den Richter vor die peinliche Wahl, in einem solchen Falle entweder den Täter freizusprechen oder, wenn er dies vermeiden wollte, eine unehrliche tatsächliche Feststellung zu treffen. Die Plenarentscheidung in RGSt. 68, 257, die in Abkehr von der früheren Rechtsprechung die Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei zuließ, befreite zwar für die überwiegende Zahl der Fälle, in denen in der Praxis das Bedürfnis nach der Möglichkeit einer Wahlfeststellung hervorgetreten war, den Richter aus dieser Zwangslage, sie genügte aber nicht, den Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit im Strafrecht voll durchzuführen. Das Gesetz hat deshalb die Frage der Wahlfeststellung in § 2b allgemein geregelt; es sieht vor, daß der Täter, wenn feststeht, daß er gegen eines von mehreren Gesetzen verstoßen hat, eine Feststellung aber nur wahlweise möglich ist, aus dem mildesten Gesetz bestraft werden muß.

In RGSt. 68, 260 ist gegenüber einer solchen Lösung die Befürchtung ausgesprochen, daß bei der allgemeinen Zulassung der Wahlfeststellung die Gefahr eines Irrtums des Richters wachse, die Gefahr nämlich, daß er eine der in Betracht kommenden Möglichkeiten, wie die Tat sich abgespielt haben könne, übersieht. Diesem Bedenken trägt der Gesetzgeber Rechnung, indem er in dem neuen § 267b StPO. in den Urteilsgründen eine Feststellung der Tatsachen verlangt, die den Verstoß ergeben und eine Darlegung fordert, weshalb eine eindeutige Feststellung nicht möglich sei. Und auch das weitere in RGSt. 68, 261 geäußerte Bedenken, daß der Verurteilte durch die Anführung von Möglichkeiten, hinter denen keine Wirklichkeit steht, mit einem öffentlich bescheinigten Verdacht zu Unrecht belastet werde, ist dadurch behoben, daß nach § 267b Abs. 1 StPO. (n. F.) der Angeklagte in der Urteilsformel nur der Verletzung des anzuwendenden, d. h. des mildesten Strafgesetzes schuldig zu sprechen ist.

Nach § 2b sind 3 Gruppen von Fällen zu unterscheiden:

1. Eine einheitliche Tat — einheitlich nicht im Sinne des materiellrechtlichen Tatbegriffs (§§ 73, 74 StGB.), sondern im verfahrensrechtlichen Sinne der Identität des geschichtlichen Vorgangs (§ 264 StPO.) — verstößt gegen eines von mehreren Strafgesetzen, ohne daß eine eindeutige Tatfeststellung möglich ist. Dies ist der in RGSt. 68, 257 behandelte Fall, daß entweder Diebstahl oder Hehlerei vorliegt; ferner kommen hier etwa die Fälle Diebstahl = Unterschlagung und Diebstahl = Untreue in Betracht. Ebenso gehört hierher der Fall, daß der Täter sich der Teilnahme am Mord oder der Unterlassung der Anzeige vom bevorstehenden Mord schuldig gemacht hat. Oder der Fall, daß ein gewerbsmäßig begangener Abtreibungsversuch den Gegenstand der Anklage bildet, und die Frau, an der der Eingriff vorgenommen wurde, angibt, es sei tatsächlich ein Eingriff erfolgt, während der andere Teil behauptet, nur zum Schein tätig geworden zu sein: Abtreibungsversuch oder Betrug. In allen diesen Fällen ist, wenn eine eindeutige Tatfeststellung unmöglich ist, der Täter aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen.

Es erhebt sich die Frage, ob hierher auch der Fall gehört, daß sowohl die vorsätzliche wie die fahrlässige Begehung der von dem Täter begangenen Tat strafbar ist, eine eindeutige Feststellung, ob er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, aber nicht möglich ist.

Man wird davon auszugehen haben, daß in diesen Fällen für eine wahldeutige Schuldfeststellung regelmäßig kein Raum ist. Denn wenn der Richter zu dem Ergebnis kommt, daß dem Täter Vorsatz nicht nachzuweisen ist, so scheidet eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Begehung ohne weiteres aus; sie kann also auch nicht wahlweise erfolgen. Er muß vielmehr dann weiterhin prüfen, ob fahrlässige Tatbegehung in Betracht kommt. Diese Frage aber kann, wie kaum der Hervorhebung bedarf, nicht ohne weiteres deshalb bejahend beantwortet werden, weil Vorsatz nicht nachzuweisen ist. Steht z. B. fest, daß der geleistete Eid falsch ist, läßt sich aber nicht feststellen, daß der Täter wissentlich falsch geschworen hat, so darf er wegen fahrlässigen Falscheides nur verurteilt werden, wenn weiterhin festgestellt wird, daß er in der Lage war, die Unwahrheit seiner Aussage zu erkennen. Auch aus diesem Grunde kommt in der Regel eine wahlweise Feststellung von Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht in Betracht. Dies entspricht schließlich auch der Natur der Sache. Denn wenn es auch tragbar ist, daß die Frage offen bleibt, ob der Täter Dieb oder Hehler, Dieb oder Betrüger ist, so kann doch die Frage, ob jemand ein Meineidiger oder nur ein leichtsinniger Mensch ist, ob er des Mordes oder Totschlags oder nur einer fahrlässigen Tötung schuldig ist, auch in den Urteilsgründen im allgemeinen nicht unentschieden bleiben.

Ausnahmsweise aber sind Fälle denkbar, in denen auch vorsätzliche oder fahrlässige Begehung wahlweise muß festgestellt werden können. Angenommen etwa, ein Schriftstück, das ein Staatsgeheimnis enthält, befinde sich in einem Schrank unter ständigem Verschluß; der Schlüssel zu dem Schrank sei einer bestimmten Person anvertraut. Es steht fest, daß ein Dritter von dem Inhalt des Schriftstücks Kenntnis erhalten hat. Nach Lage der Sache kommen nur zwei Möglichkeiten in Betracht: entweder der mit der Obhut Betraute hat dem Dritten vorsätzlich Einblick in das Schriftstück gewährt oder ihm dessen Inhalt mitgeteilt, oder aber er hat durch Unachtsamkeit den Schlüssel irgendwo liegen lassen und so Unbefugten ermöglicht, von dem Inhalt des Schrankes Kenntnis zu nehmen. Die Möglichkeit eines Einbruches durch Dritte scheidet nach den Umständen gänzlich aus. In diesem Falle muß, wenn eine weitere Aufklärung nicht möglich ist, eine Wahlfeststellung zwischen Landesverrat und fahrlässiger Preisgabe von Staatsgeheimnissen (§ 90e StGB.) möglich sein; auch hier kann dann nur aus dem mildesten Gesetz bestraft werden.

2. Jemand hat mehrere Handlungen begangen; dadurch ist gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen worden; es kann aber nicht festgestellt werden, welche der mehreren Handlungen die Gesetzesverletzung darstellt. Beispiel: Der Angeklagte hat eine eidesstattliche Versicherung abgegeben und in anderem Zusammenhang einen Eid geleistet, in dem er das Gegenteil der eidesstattlich versicherten Tatsache beschworen hat. Ob die Versicherung oder der Eid falsch ist, läßt sich nicht feststellen. Hier ist Wahlfeststellung möglich, und der Täter ist aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen. Ebenso ist der Fall zu beurteilen, daß ein 19jähriges Mädchen Dritten erzählt, sie habe mit ihrem Vater geschlechtlich verkehrt, ohne daß festgestellt werden kann, ob dies zutrifft. Hier liegt, wenn ihre Erzählung wahr ist, Blutschande, andernfalls Verleumdung des Vaters vor. Es versteht sich dabei von selbst, daß in solchen Fällen eine Wahlfeststellung nicht möglich ist, wenn der Täter im Zeitpunkt einer der beiden Handlungen zurechnungsunfähig gewesen ist.

3. Jemand hat durch eine von mehreren Handlungen gegen ein bestimmtes Gesetz verstoßen, ohne daß festgestellt werden kann, durch welche der Handlungen dies geschehen ist. Beispiel: ein Zeuge, der in erster Instanz und in der Berufungsinstanz eidlich vernommen worden ist, beschwört im zweiten Rechtszug das Gegenteil von dem, was er mit dem ersten Eide bekräftigt hat; welcher Eid falsch ist, ist nicht festzustellen. Diesen Fall hat das Gesetz, wie sich aus der amtlichen Begründung ergibt, bewußt von der Regelung ausgenommen. Nicht als ob hier fraglich sein könnte, daß eine Verurteilung erfolgen muß; der Gesetzgeber steht vielmehr auf dem Standpunkt, daß in solchen Fällen der Richter auch ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung zu einer Verurteilung gelangen dürfte.

(Fortsetzung folgt im nächsten Heft.)

Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935

(RGBl. I, 844)

Erster Teil

Von Dr. Rudolf Lehmann,
Ministerialrat im Reichsjustizministerium

I. Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes v. 28. Juni 1935 geht in seiner Bedeutung weit über das hinaus, was sonst im Wege der Novellengesetzgebung angeordnet zu werden pflegt. Die Begründung zum Gesetz und ebenso die Einführungsworte, die der Reichsminister der Justiz und Staatssekretär Dr. Freisler dem Gesetz gewidmet haben, zeigen, daß hier etwas anderes vorliegt als eine gewöhnliche Referentennovelle. In allen amtlichen Kundgebungen, die sich mit diesem Gesetz und mit dem am gleichen Tage erlassenen Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs befassen, wird dargelegt, daß hier ein Stück der großen Strafrechtsreform — und zwar ein sehr wichtiges Stück — vorweggenommen ist. Die Vorschriften der beiden Gesetze halten sich, soweit sie grundsätzlicher Natur sind, im wesentlichen im Einklang mit den Beschlüssen der amtlichen Strafrechtskommission und der amtlichen Strafprozeßkommission. Man kann also annehmen, daß die Gedanken, die die beiden Gesetze enthalten, in der gleichen oder doch in annähernd der gleichen Form in der Gesamtreform des Strafrechts und des Strafprozesses wiederkehren werden. Darüber hinaus gibt besonders die Novelle zum Strafprozeß, die erste große Verfahrensnovelle seit der nationalsozialistischen Erhebung, einen Ausblick in die Gedankenwelt, in der die Prozeßreform entsteht.

Das wesentlichste Merkmal der Gedanken, die die gesamte Reform tragen, ist das Bestreben, den formalen Verbrechensbegriff zu überwinden und zu dem Begriff der inneren, wahren, materiellen Gerechtigkeit vorzudringen. Wo das Gesetz, das jetzt noch gilt, den Richter zu stark fesselt, wo es ihn zwingt, zugunsten einer starren Vorschrift die innere Gerechtigkeit seines Spruches zurücktreten zu lassen, da lockert die Novelle diese Fesseln. Wie das im materiellen Recht geschieht, wird in einem besonderen Aufsatz gezeigt. Auch in der Prozeßnovelle steht dieses Bestreben an erster Stelle. Kennzeichnend dafür sind schon die Überschriften, die die Prozeßnovelle trägt. Freiere Stellung des Richters, freieres Ermessen des Gerichts bei Beweiserhebungen, Beseitigung von einseitigen Bindungen des Rechtsmittelgerichts, Befreiung des Reichsgerichts von Bindungen an alte Urteile, freiere Stellung der Staatsanwaltschaft — soviel Worte, soviel Programmpunkte, soviel neue Grundsätze. — Näheres darüber ist in einem Aufsatz von Schäfer (Deutsche Justiz 1935, 991) dargelegt.

II. Die Vorschriften des Artikels 1 der Novelle über die Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze sind, für sich selbst genommen, nicht von besonders einschneidender Bedeutung. Sie dienen vornehmlich der prozessualen Einführung des neuen Rechts. Nachdem § 2 StGB. in seiner neuen Fassung die entsprechende Gesetzesanwendung zugelassen und den Rechtssatz, der sich aus dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und aus dem gesunden Volksempfinden ableitet, gleichberechtigt neben das gesetzte Recht gestellt hat, war zu überlegen, was das Verfahrensrecht zur Durchführung dieser neuen Vorschrift beitragen kann. Gerade aus dem Umstand, daß § 2 StGB. diese beiden Rechtsquellen gleichberechtigt nebeneinander nennt, könnte man den Schluß ziehen, daß das Strafprozeßrecht der neuen Rechtsquelle nicht besonders zu gedenken brauchte. Aber die Begründung zur Novelle führt mit Recht aus, daß die Zulassung der entsprechenden Gesetzesanwendung einen solchen Bruch mit überkommenen Anschauungen bedeutet, daß es notwendig erschien, auch in der Strafprozeßordnung Gerichte und Staatsanwaltschaften auf den neuen Rechtszustand eindringlich hinzuweisen.

Dieser Gedankengang erklärt, weshalb in den §§ 170a und 267a Staatsanwaltschaft und Gericht besonders angewiesen werden, in geeigneten Fällen zu prüfen, ob auf eine Tat der Grundgedanke eines Strafgesetzes zutrifft und ob durch entsprechende Anwendung dieses Strafgesetzes der Gerechtigkeit zum Siege verholfen werden kann, wenn eine Tat vorliegt, die nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient, aber im Gesetz nicht für strafbar erklärt ist.

Der Richter, der ein Strafgesetz entsprechend anwendet, schöpft neues Recht. Aus dieser Tatsache sind manche Einwendungen gegen die Zulassung der entsprechenden Rechtsanwendung abgeleitet worden. Diese Einwendungen kritisch zu erörtern ist nicht Aufgabe dieses Aufsatzes. Es ist nur darauf hinzuweisen, daß der Gesetzgeber, d. h. die Staatsführung, sich für den Fall einer entsprechenden Gesetzesanwendung einen weitergehenden Einfluß auf die Rechtsbildung vorbehalten hat, als es sonst gegenüber der Rechtsbildung durch die Gerichte üblich ist. Die Staatsanwaltschaft erhält durch die Novelle das Recht, ein Urteil auch dann einem Revisionsgericht zur Nachprüfung vorzulegen, wenn sie selbst bereits Berufung eingelegt hat und also nach den Bestimmungen der Verordnung v. 14. Juni 1932 das Recht auf Revision verwirkt hätte. Dieses erweiterte Rechtsmittel wird der Staatsanwaltschaft immer dann gegeben, wenn sie geltend macht, daß ein Gericht ein Strafgesetz zu Unrecht entsprechend angewandt oder daß es die entsprechende Anwendung zu Unrecht unterlassen habe. Maßgebend für die Entstehung des erweiterten Rechtsmittelrechts ist danach nicht der Inhalt des angefochtenen Urteils, sondern die Rüge, die die Staatsanwaltschaft erhebt. In diesen Fällen erhält die Staatsanwaltschaft durch § 347a StPO. weiterhin das Recht, an Stelle der Zuständigkeit des nach dem Gesetz zur Entscheidung berufenen Oberlandesgerichts die Zuständigkeit des Reichsgerichts zu begründen. Entscheidend für den Wechsel der Zuständigkeit ist der einfache Antrag der Staatsanwaltschaft. Der Antrag ist an dieselben Voraussetzungen geknüpft wie das oben erörterte erweiterte Rechtsmittelrecht; er muß vor Beginn der Hauptverhandlung des Revisionsgerichts gestellt werden. Die Staatsanwaltschaft kann diesen Antrag auch dann stellen, wenn sie nicht selbst Revision eingelegt hat.

Aus dem Umstand, daß entsprechende Rechte für den Angeklagten nicht vorgesehen sind, ergibt sich, daß die Staatsanwaltschaft diese Rechte nicht mit Rücksicht auf die einzelne Sache erhält, sondern mit Rücksicht auf die Neubildung und Weiterbildung des Rechts durch den Richterspruch.

Ist eine solche Revision eingelegt, so hat das Revisionsgericht, unabhängig von der Begründung der Sachrüge, das ganze Urteil nachzuprüfen.

III. Der Streit um die Frage, ob es den Gerichten erlaubt werden solle oder ob und in welchem Umfange es ihnen schon erlaubt sei, sogenannte Wahlfeststellungen zu treffen, ist im vergangenen Jahre im Anschluß an die bekannte Plenarentscheidung des Reichsgerichts neu entbrannt. Die Novelle zum Strafgesetzbuch entscheidet die Frage. Sie bestimmt in dem neuen § 2b, daß jemand, der gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, aus dem mildesten der in Betracht kommenden Gesetze zu bestrafen ist, wenn eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich ist.

Der prozessualen Durchführung dieser Vorschrift dient der neue § 267b StPO. Nur insoweit ist hier das Problem der Wahlfeststellung zu berühren.

Die neue Vorschrift entscheidet zunächst den Streit, wie die Urteilsformel eines auf einer Wahlfeststellung beruhenden Spruches auszusehen habe. Die Gegner der Wahl-

feststellung haben nicht ohne Grund eingewandt, daß ein Spruch, der den Verurteilten „der Tat a oder der Tat b“ schuldig spreche, nicht so bestimmt sei, wie man das von einem Urteil verlangen könne. Infolgedessen bestimmt die Novelle, daß der Angeklagte in der Formel nur der Verletzung des anzuwendenden — d. h. des mildesten — Strafgesetzes schuldig zu sprechen ist. An die Urteilsgründe stellt die Novelle für den Fall der Wahlfeststellung besondere und nicht leicht zu erfüllende Anforderungen. Die Urteilsgründe müssen angeben, welche Gesetze als verletzt in Betracht kommen. Die Tatsachen, aus denen das Gericht auf den Verstoß schließt, müssen festgestellt werden. Die Gründe müssen sich also darüber aussprechen, welche Tatsachen nach Ansicht des Gerichts festgestellt sind, aus denen sich ergibt, daß der Angeklagte einen Diebstahl begangen hat; ferner ist darzulegen, welche Tatsachen festgestellt sind, aus denen sich ergibt, daß der Angeklagte eine Hehlerei begangen hat. Sodann muß dargelegt werden, weshalb nun nicht festgestellt werden kann, daß der Angeklagte einen Diebstahl begangen hat und weshalb nicht festgestellt werden kann, daß er eine Hehlerei begangen hat. Aus der Würdigung dieser Feststellungen muß dann das Gericht zu dem Schluß kommen, daß der Angeklagte einer dieser beiden strafbaren Handlungen schuldig ist.

Diese Darstellung zeigt, daß das Gesetz alles tut, um sich nicht den Vorwurf zuzuziehen, es begünstige die Verhängung von Verdachtsstrafen. Die Anforderungen, die an die Bildung der richterlichen Überzeugung von der Schuld des Angeklagten gestellt werden, sind also hier um nichts geringer als in den gewöhnlichen Fällen, in denen das Gericht zu einer eindeutigen Feststellung kommt. Man könnte mit viel größerem Recht sagen, daß die Anforderungen hier schärfer sind.

Es lag keine Veranlassung vor, auch für den Fall der Wahlfeststellung der Staatsanwaltschaft oder dem Angeklagten ein erweitertes Rechtsmittelrecht zu geben. Die Gründe, aus denen die Staatsanwaltschaft bei der entsprechenden Rechtsanwendung ein solches Recht erhalten hat, treffen hier nicht zu, da es sich hier immer nur um die Entscheidung der einzelnen Sache handelt, ohne daß grundsätzliche Fragen der Rechtsbildung in Betracht kämen.

IV. Neu geregelt wird die Behandlung von Beweisanträgen. Der geltende Rechtszustand, der seit der VO. v. 14. Juni 1932 besteht, ist bekannt. Über Beweisanträge entscheidet das Gericht im allgemeinen nach freiem Ermessen. Ein gebundenes Ermessen gilt da, wo nur eine Tatsacheninstanz gegeben ist.

An dieser Grundlage des Beweisrechts ändert die Novelle nichts. Neu sind nur ihre Vorschriften über die Ausführung des gebundenen Ermessens.

Die Novelle zählt die Gründe erschöpfend auf, aus denen die Gerichte, „bei denen nach dem Gesetz allgemein die Berufung ausgeschlossen ist“, einen Beweisantrag ablehnen dürfen. Diese Gründe entwickelt das Gesetz im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Die Erhebung eines Beweises darf also von der StrK. und vom SchwG. sowie von den Gerichten, die in erster und letzter Instanz entscheiden, nur dann abgelehnt werden, wenn die Erhebung des Beweises unzulässig ist,

wenn wegen Offenkundigkeit eine Beweiserhebung überflüssig ist;

wenn die Tatsache, die bewiesen werden soll, für die Entscheidung ohne Bedeutung

oder schon erwiesen ist;

wenn das Beweismittel völlig ungeeignet

oder wenn es unerreichbar ist;

wenn der Antrag zum Zwecke der Prozeßverschleppung gestellt ist

oder wenn eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr.

Diese Vorschrift enthält geltendes Richterrecht. Ihre Bedeutung liegt mehr in der Anerkennung dieses Richterrechts durch das Gesetz. Neu und von erheblicher Wichtigkeit ist es aber, daß das Gesetz die Vorzugsbehandlung beseitigt, die das geltende Recht den sogenannten präsenten Beweismitteln zuteil werden läßt. Nach § 245 Abs. 1 StPO. der bisher geltenden Fassung mußte das Gericht in Strafkammer- und Schwurgerichtssachen von herbeigeschafften Beweismitteln auch dann Gebrauch machen, wenn es sie für durchaus unerheblich hielt. Eine Ausnahme galt nach dem Gesetz nur für den Fall der Prozeßverschleppung und nach der Rechtsprechung für den Fall eines anderen Mißbrauchs. Ein Gesetz, das den Richter von unzeitgemäßen Bindungen befreien will, konnte diesen Zustand nicht weiter dulden. Das war um so weniger möglich, als die Sonderbehandlung präsenter Beweismittel zu einer unsozialen Bevorzugung solcher Angeklagter führte, die in der Lage waren, Zeugen und Sachverständige entsprechend den Vorschriften der Prozeßordnung zu stellen. Für die praktische Anwendung der neuen Vorschrift bleibt aber zu beachten, was die Begründung sagt: „Dabei wird der gesunde Gedanke, der der alten Vorschrift des § 245 Abs. 1 zugrunde lag, nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Es wird sich daher auch in Zukunft empfehlen, Zeugen, die an Gerichtsstelle erschienen sind, zu vernehmen, wenn das ohne wesentliche Verzögerung geschehen kann und wenn es irgendeinen Erfolg verspricht. Eine engherzige Ablehnung solcher Vernehmungen ist nur geeignet, den Angeklagten zur Einlegung eines Rechtsmittels zu veranlassen, weil ‚seine Zeugen‘ nicht gehört worden seien.“

Nach der neuen Vorschrift gilt freies Ermessen des Gerichts auch für den Beweis durch Augenschein und durch Sachverständige, und zwar in den Verhandlungen vor allen Gerichten.

Die Ablehnung eines Beweisantrages erfolgt auch in Zukunft nur durch einen zu begründenden Beschluß. Dagegen kann der Vorsitzende allein einem Beweisantrag stattgeben, und zwar im Gegensatz zum bisherigen Recht auch dann, wenn eine Aussetzung der Hauptverhandlung erforderlich wird.

V. Es hat seit Jahren der Plan bestanden, das RG. von der durch das GVG. festgelegten Bindung an seine eigene Rechtsprechung zu lösen, wenn eine Gesamtreform des Strafrechts durchgeführt würde. Die Gründe für diesen Plan sind zu einleuchtend, als daß sie weiter zu erörtern wären. Nun bedarf es auch kaum einer Darlegung, daß der Wandel in den Anschauungen von Volk und Staat, in den Anschauungen vom Verhältnis des einzelnen zum Staat, in den Auffassungen über die Aufgaben des Strafprozesses, der sich seit der nationalsozialistischen Revolution vollzogen hat, viel größer ist als die Änderungen auf dem Gebiete des Strafrechts und des Strafprozesses, die die vor der Revolution geschaffenen Reformentwürfe planten. Die Begründung, mit der damals die Lösung des RG. von seiner früheren Rechtsprechung gefordert wurde, gilt also in erheblich stärkerem Maße für die Gegenwart. Die Novelle hebt diese durch § 136 GVG. a. F. geschaffene Bindung auf, soweit es sich um Urteile handelt, die vor dem 1. Sept. 1935 ergangen sind. Mit der Aufhebung dieser Bindung verbindet die Novelle ein eindrucksvolles Bekenntnis zu der Auffassung, die das Gesetz von den Aufgaben des RG. hat. In feierlicher Form stellt Artikel 2 der Novelle fest:

„Das RG. als höchster deutscher Gerichtshof ist berufen, darauf hinzuwirken, daß bei der Auslegung des Gesetzes dem durch die Staatserneuerung eingetretenen Wandel der Lebens- und Rechtsanschauung Rechnung getragen wird. Damit es diese Aufgabe ungehindert durch die Rücksichtnahme auf die aus einer anderen Lebens- und Rechtsanschauung erwachsene Rechtsprechung der Vergangenheit erfüllen kann, wird folgendes bestimmt:

Bei der Entscheidung über eine Rechtsfrage kann das RG. von einer Entscheidung abweichen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen ist.“

Die Novelle benutzt diese Gelegenheit, um auch für die Zukunft eine größere Beweglichkeit der Judikatur des RG. zu ermöglichen.

Das RG. hat, wie nicht weiter ausgeführt zu werden braucht, die Bestimmungen des GVG., die sich auf die Herbeiführung der Plenarentscheidung beziehen, selbst als einen lästigen Zwang empfunden. Die Auswege, auf denen es sich bemüht hat, diesem Zwang zu entgehen, sind bekannt. Diesen Bestrebungen kommt das Gesetz entgegen. Es ersetzt die unförmlichen Gebilde des bisherigen Plenums und der bisherigen vereinigten Zivilsenate und der vereinigten Strafsenate durch Senate, die besser arbeitsfähig sind als die Einrichtungen des bisherigen Rechts.

Zu diesem Zweck sollen ein Großer Senat für Zivilsachen und ein Großer Senat für Strafsachen gebildet werden. Gegebene Mitglieder der Großen Senate sind der Präsident des RG. und der Vizepräsident. Zu ihnen treten je sieben Mitglieder. Die Mitglieder und ihre Vertreter werden vom Reichsminister der Justiz jeweils für die Dauer von zwei Geschäftsjahren bestellt; dasselbe gilt für den Vertreter des Vizepräsidenten. In bestimmten Fällen (§§ 136, 137 GVG.) wird der Große Senat durch Hinzutritt von anderen Mitgliedern der erkennenden oder beteiligten Senate ergänzt.

Die Großen Senate werden nach näherer Vorschrift des § 136 GVG. tätig, wenn ein Senat von der Entscheidung eines anderen Senats oder eines Großen Senats abweichen will. Entsprechendes gilt für die vereinigten Großen Senate, die das bisherige Plenum ersetzen und die aus dem Präsidenten, dem Vizepräsidenten und sämtlichen Mitgliedern der Großen Senate bestehen.

Neu ist die Vorschrift des § 137 GVG., nach der ein erkennender Senat selbst in einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung die Entscheidung des Großen Senats herbeiführen kann, wenn es nach seiner Auffassung die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert. Aus denselben Gründen hat der Oberreichsanwalt das Recht, eine Sache von dem erkennenden Senat an den Großen Senat zu bringen.

Zweiter Teil

Von Dr. Franz Schlüter, Amts- und Landrichter im Reichsjustizministerium

I. Beseitigung von einseitigen Bindungen des Rechtsmittelgerichts (Art. 1 Nr. 4)

Das Verbot der reformatio in peius gehörte bisher ebenso zum festen Grundbestande des Strafrechts wie der Satz nulla poena sine lege. Und es ist kein Zufall, daß die Beseitigung des Verbots der reformatio in peius und die Zulassung entsprechender Anwendung der Strafgesetze zeitlich zusammenfallen. Denn beide Grundsätze sind Ausflüsse jenes liberalen Rechtssystems, das seine Aufgabe darin sah, den Rechtsunterworfenen vor Eingriffen der Staatsgewalt möglichst zu schützen, seine „staatsfreie" Sphäre auf Kosten der Staatsgewalt möglichst weit auszudehnen. Derartige Gedanken mögen für gewisse Zeitabschnitte ihre geschichtliche Berechtigung gehabt haben, daß für sie jedoch im heutigen Staat kein Raum mehr ist, darüber besteht Einverständnis (vgl. auch Fischer, Das Verbot der reformatio in peius in der Reichsstrafprozeßordnung, Halle 1934, S. 70 ff.).

Mit der Beseitigung des Verbots der reformatio in peius ist ein weiterer wichtiger Schritt getan, um das Strafrecht seiner starren formalen Bindungen zu entkleiden. Der Übergang von der formalen zur materiellen Gerechtigkeit, der auch auf anderen Gebieten immer mehr zum Durchbruch kommt (vgl. neuerdings das Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten v. 13. Dez. 1934 [RGBl. I, 1234]), erhält damit auch im Strafrecht einen weiteren Antrieb. So wird letzten Endes die Volksnähe unseres Rechts, die eines der vordringlichsten Ziele der nationalsozialistischen Rechtserneuerung bildet, wesentlich gefördert. Gerade das Verbot der reformatio in peius hat vielfach dazu beigetragen, die Volkstümlichkeit der Strafjustiz zu untergraben und die Überzeugungskraft richterlicher Entscheidungen zu schwächen. War beispielsweise der Angekl. in erster Instanz wegen einfacher Sachbeschädigung zu einer geringen Geldstrafe verurteilt worden, so mußte das BG. — sofern der Angekl. allein Berufung eingelegt hatte — diese Strafe auch dann aufrechterhalten, wenn es auf Grund der neuen Hauptverhandlung eine schwere Brandstiftung feststellte. Ein solches Urteil, das eine Strafe aufrechterhält, die dem Sühne- und Schutzbedürfnis der Volksgemeinschaft in keiner Weise entspricht, und dabei erklärt „es könne leider nicht anders", ist für eine kraftvolle staatliche Autorität unerträglich. Die Gerechtigkeit ist so durch die Rücksicht auf das Individuum gebunden. Keber (Gegen das Verbot der reformatio in peius usw., Spandau 1892) nennt deshalb das Verbot der Schlechterstellung mit Recht „ein Symptom des Zurückweichens der staatlichen Strafgewalt vor dem Verbrecher".

Man könnte vielleicht einwenden, daß es Aufgabe der StA. sei, ihrerseits durch rechtzeitige Rechtsmitteleinlegung dafür zu sorgen, daß das Urteil der materiellen Gerechtigkeit entspricht. Gewiß, regelmäßig wird die StA. dazu in der Lage sein. Aber es gibt auch Fälle, in denen erst im Laufe der Rechtsmittelverhandlung (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist) neue Umstände hervortreten, die im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren und in der ersten Hauptverhandlung auch bei größter Sorgfalt nicht aufgeklärt werden konnten. Hier muß das Gericht in der Lage sein, auch ohne ein Rechtsmittel der StA. der neuen Sachlage Rechnung zu tragen. Die an sich denkbare Möglichkeit, etwa durch eine Art fristloser „Anschlußberufung" der StA. (vgl. § 521 ZPO.) das gleiche Ergebnis zu erzielen, wäre ein des Staates unwürdiger Umweg.

Außer der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit verfolgt die Zulassung der reformatio in peius noch ein weiteres Ziel: Stärkung des Verantwortungsbewußtseins bei der Rechtsmitteleinlegung. Es ist keineswegs das Ziel der Novelle, auf dem Umweg über die Beseitigung des Verbots der reformatio in peius eine allgemeine Einschränkung der Rechtsmittel zu erzielen. Daß ein solches Ergebnis als Folge der Zulassung der Schlechterstellung wohl kaum zu erwarten ist, zeigt die Erfahrung mit den §§ 411 Abs. 3, 417 Abs. 3 StPO., die beim Einspruch gegen den amtsrichterlichen Strafbefehl und die polizeiliche Strafverfügung eine Straferhöhung im nachfolgenden Urteil ausdrücklich zulassen; daß hier die Möglichkeit der Straferhöhung die Zahl der Einsprüche wesentlich vermindert hätte, ist — soweit sich das aus bloßem Zahlenmaterial überhaupt entnehmen läßt — kaum anzunehmen. Was durch die Zulassung der reformatio in peius unterbunden werden soll, ist lediglich folgendes:

1. Verhinderung solcher Rechtsmittel, die ohne ernstliche Aussicht auf Erfolg lediglich als „Versuchsballon" benutzt werden.

2. Verhinderung von Rechtsmitteln, die lediglich darauf hinzielen, die Rechtskraft des Urteils hinauszuzögern [1]).

Für den Regelfall wird schon die bloße Aussicht auf die mögliche Kostenbelastung den Angekl. hindern, ein materiell gerechtes Urteil nur deshalb anzugreifen, weil er möglicherweise in der zweiten Instanz mildere Richter finden könnte. Aber diese Bedenken gelten nicht für den gut situierten Angekl. Die Erfahrung hat immer wieder gezeigt, daß gerade der wohlhabende Angekl. die Rechtsmittel bis zum äußersten auszuschöpfen pflegte, auch wenn das erste Urteil als ausgesprochen milde bezeichnet werden mußte. Die Möglichkeit der Urteilsverschärfung wird hier Abhilfe schaffen. Die Beseitigung des Verbots der reformatio in peius bringt somit auch einen gewissen sozialen Ausgleich. — Die Zulassung der Schlechterstellung wird darüber hinaus ein wirksames Gegengewicht dagegen bilden, daß die Rechtsmittelbefugnis lediglich als Mittel zur Hinauszögerung der Urteilsrechtskraft benutzt wird.

---

[1]) Besonders bei den Angeklagten, die sich in Untersuchungshaft befanden, war vielfach zu beobachten, daß sie die Rechtsmittel hauptsächlich zur Verzögerung der Urteilsrechtskraft benutzten, indem sie davon ausgingen, daß ihnen die (mildere) Untersuchungshaft nachher in vollem Umfange auf die (schwerere) Freiheitsstrafe angerechnet werden würde.

Es wird vielleicht auffallen, daß die Strafprozeßnovelle das Verbot der reformatio in peius nicht nur beseitigt, sondern darüber hinaus ihre Zulässigkeit in positiver Fassung in das Gesetz aufgenommen hat. Dies beruht auf ähnlichen Gründen wie die Einfügung der §§ 170a, 267a StPO.: Die Beseitigung des Verbots der reformatio in peius bringt einen derartigen Wandel des überkommenen Rechtsdenkens, daß es angemessen schien, die Aufhebung des Verbots durch eine positive Fassung zu unterstreichen. Die künftige Strafverfahrensordnung wird dagegen vielleicht auf eine Erwähnung der reformatio in peius überhaupt verzichten können.

Die Zulassung der reformatio in peius machte auch die Beseitigung des selbständigen Rechtsmittelrechts des Ehemanns notwendig. Denn es wäre für das heutige Rechtsempfinden unerträglich, wenn die Ehefrau infolge eines Rechtsmittels, das sie persönlich vielleicht nicht einmal wünscht, härter bestraft würde als im angefochtenen Urteil. Dem Gesetzgeber hätte allerdings auch der Weg offengestanden, das Rechtsmittelrecht des Ehemanns zu erhalten und insoweit die Zulassung der Schlechterstellung zu durchbrechen. Aber da das Rechtsmittelrecht des Ehemanns ohnehin in die Gegenwart nicht mehr recht hineinpaßt, so war seine völlige Beseitigung die näherliegende Lösung. Das selbständige Rechtsmittelrecht des gesetzlichen Vertreters ist dagegen erhalten geblieben. Andererseits hat der Gesetzgeber davon abgesehen, hier die grundsätzliche Zulässigkeit der Schlechterstellung zu durchbrechen. Die hiernach bestehende Möglichkeit, daß der Vertretene ohne sein Zutun benachteiligt wird, läßt sich aber damit rechtfertigen, daß das Allgemeininteresse an materieller Gerechtigkeit die Rücksichtnahme auf den Willen eines nicht voll Geschäftsfähigen überwiegt.

Die Gerichte werden sich bei Anwendung der neuen Bestimmungen vor Augen halten müssen, daß das Verbot der Schlechterstellung besonders aus dem Grunde beseitigt worden ist, um Urteile zu verhindern, bei denen Begründung und Urteilsspruch auseinanderklaffen und so die materielle Gerechtigkeit verletzt wird. Kommt das Rechtsmittelgericht im wesentlichen zum gleichen rechtlichen und tatsächlichen Ergebnis, wie das angefochtene Urteil, so wird wohl meist eine Strafverschärfung nicht am Platze sein, auch wenn das Rechtsmittelgericht mit der Strafzumessung des ersten Urteils nicht ganz einverstanden sein sollte. Das vom Standpunkt der allgemeinen Staatsautorität aus wesentliche Interesse an der Aufrechterhaltung einmal getroffener Entscheidungen wird das Rechtsmittelgericht häufig veranlassen, von einer nicht unbedingt notwendigen Strafschärfung abzusehen.

Da eine einschneidende Beschränkung der Rechtsmittel infolge Zulassung der reformatio in peius im allgemeinen wohl kaum zu erwarten ist, so besteht auch für die Anwaltschaft kein Grund zu Besorgnissen. Es läßt sich allerdings nicht verkennen, daß die neuen Vorschriften die Verantwortung der Anwälte wesentlich erhöhen. Während bisher bei der Beratung des in erster Instanz verurteilten Angekl. im wesentlichen wohl nur die Kostenfrage für die zweite Instanz im Vordergrunde stand und demgegenüber die Erfolgsfrage eine weniger wichtige Rolle spielte, wird in Zukunft gerade die Erfolgsfrage eine besonders sorgfältige Prüfung erfordern. Aber diese Erhöhung der Verantwortung wird die deutsche Anwaltschaft sicher gern auf sich nehmen.

II. Beseitigung der notwendigen Voruntersuchung (Art. 4 Nr. 1 a bis c und k bis i)

Die Einrichtung der Voruntersuchung beruht auf ähnlichen Gedankengängen wie das Verbot der reformatio in peius und der Grundsatz nulla poena sine lege. Man wollte möglichst frühzeitig den unabhängigen Richter in den Gang des Verfahrens einschalten, um dem Einzelnen „Garantien" dafür zu geben, daß die Staatsführung (durch die Hand der Staatsanwaltschaft) nicht in die vom Gesetz gesicherten „Grundrechte" des Bürgers eingriff. Unter derartigen Gesichtspunkten ist die Voruntersuchung heute überflüssig geworden. Mancher hätte daher vielleicht eine völlige Abschaffung der Voruntersuchung erwartet. Aber eine derartige Maßnahme hätte zu tief in das Gefüge der StPO. eingegriffen; die Frage der völligen Abschaffung mußte daher der endgültigen Strafverfahrensreform vorbehalten bleiben. — Neben diesen grundsätzlichen Erwägungen waren für die Einschränkung der Voruntersuchung vor allem auch praktische Erwägungen maßgebend. Jeder Richter und Staatsanwalt weiß, daß die Voruntersuchung regelmäßig sachlich unberechtigte Mehrarbeit bringt und dadurch das Verfahren hinauszögert. Hatte sich der Staatsanwalt einigermaßen in die Sache eingearbeitet, dann mußte er in den Fällen der notwendigen Voruntersuchung die Sache an den Untersuchungsrichter abgeben; dieser erhielt ein dickes Aktenstück, in das er sich erst mühsam hineinarbeiten mußte, ehe er zur Fortführung der Ermittlungen in der Lage war. Bekam dann der Staatsanwalt die Akten nach Abschluß der Voruntersuchung zur Anklageerhebung zurück, so mußte er sich von neuem einarbeiten, um die Anklage sachgemäß vertreten zu können. Weitere Verzögerungen ergaben sich aus dem Hin- und Herwandern der Akten zwischen Staatsanwalt, Untersuchungsrichter und Strafkammer, wenn der Staatsanwalt eine Ergänzung der Voruntersuchung für notwendig hielt, der Untersuchungsrichter aber weitere Ermittlungen ablehnte (vgl. § 197 Abs. 2 StPO.). Gerade mit Rücksicht auf diese praktischen Unzuträglichkeiten hat der Gesetzgeber schon früher den Zwang zur Voruntersuchung gelockert, wobei er durch Verwaltungsanweisungen der Landesjustizverwaltungen weitgehend unterstützt wurde (vgl. § 11 der Sondergerichtverordnung v. 21. März 1933 [RGBl. I, 136]; § 10 VO. gegen Verrat am Deutschen Volke und hochverräterische Umtriebe v. 28. Febr. 1933 [RGBl. I, 85]; Art. 2 VO. zur Beschleunigung des Verfahrens in Hochverrats- und Landesverratssachen v. 18. März 1933 [RGBl. I, 131]); Art. IV § 4 Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens v. 24. April 1934 [RGBl. I, 341]; „Richtlinien" Nr. 13). Diese Entwicklung ist nunmehr zu einem vorläufigen gesetzlichen Abschluß gebracht.

Das grundlegend neue Prinzip enthält jetzt § 178 Abs. 2: Die Voruntersuchung findet jetzt allgemein nur noch auf Antrag der Staatsanwaltschaft statt. Die Staatsanwaltschaft soll den Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung nur stellen, „wenn außergewöhnliche Umstände die Führung der Voruntersuchung durch einen Richter gebieten". § 178 Abs. 1 enthält für die wichtigsten Strafsachen (die vor den Volksgerichtshof, die OLG. und die Schwurgerichte gehören) eine Lockerung dieses Grundsatzes, indem für diese Sachen einfach auf das „pflichtgemäße Ermessen" der Staatsanwaltschaft abgestellt wird. Es ist zu beachten, daß außergewöhnliche Umstände allein den Antrag auf Voruntersuchung noch nicht rechtfertigen; es muß hinzukommen, daß die Voruntersuchung gerade „durch einen Richter" geboten ist. Man könnte vielleicht meinen, daß diese Worte überflüssig seien, weil ja die Voruntersuchung selbstverständlich von einem Richter geführt werde (§ 184 StPO.). Aber der Gesetzgeber hat damit folgendes sagen wollen: Die Staatsanwaltschaft soll den Antrag auf Voruntersuchung grundsätzlich nur dann stellen, wenn sie mit ihren gesetzlichen und verwaltungsmäßigen Rechten nicht auskommt, sondern zur sachgemäßen Bearbeitung des Falles gerade die dem Richter eigentümlichen Hilfsmittel oder die gerade ihm — kraft seiner Unabhängigkeit — eigene Autorität eingesetzt werden müssen (es ist z. B. eine besonders große Zahl von Zeugen unmittelbar zu vernehmen und gem. § 66 StPO. zu vereidigen). Als Gründe für den Antrag auf Voruntersuchung scheiden demnach alle Gesichtspunkte aus, die nicht mit der rechtlichen und organisatorischen Verschiedenheit von Staatsanwaltschaft und Untersuchungsrichter als solcher zusammenhängen (wie z. B. Überlastung der Staatsanwaltschaft) [2]).

[2]) Die Novelle hat davon abgesehen, die Voruntersuchung in Übertretungssachen ausdrücklich für unzulässig zu erklären (vgl. dagegen § 178 Abs. 2 StPO. a. F.). Denn praktisch wird es wohl niemals dazu kommen, daß in solchen Sachen „außergewöhnliche Umstände" die Führung der Voruntersuchung durch einen Richter gebieten.

Durch den neuen Zusatz zu § 179 StPO. ist klargestellt, daß dem Antrag der Staatsanwaltschaft auf Eröffnung der Voruntersuchung stets zu entsprechen ist. Schon nach bisherigem Recht durften die zum Antrag führenden Zweckmäßigkeitserwägungen der Staatsanwaltschaft vom Untersuchungsrichter und von der Strafkammer nicht nachgeprüft werden. Insoweit bringt der Zusatz zu § 179 nichts Neues. Seine wirkliche Bedeutung erhält er erst im Zusammenhang mit der Streichung der §§ 180 bis 183 StPO. Bisher gab es ebenso wie vor dem gerichtlichen Hauptverfahren (§§ 198 bis 212 StPO.), so auch vor der Voruntersuchung eine Art „Zwischenverfahren". Bei der Voruntersuchung war allerdings das Zwischenverfahren von vornherein auf bestimmte Fragen beschränkt: Unzuständigkeit des Gerichts, Unzulässigkeit der Strafverfolgung oder der Voruntersuchung und Fehlen eines Strafgesetzes (§§ 180 Abs. 1, 181 StPO. a. F.). Dieses „Zwischenverfahren" ist nun ersatzlos gestrichen worden. Man wird diese Streichung als einen Vorläufer für die künftige Beseitigung auch des Zwischenverfahrens vor der Hauptverhandlung betrachten können. Denn ein solches Zwischenverfahren ist mit einer klaren Trennung der Verantwortlichkeiten (Staatsanwalt im Vorverfahren — Gericht im Hauptverfahren) unvereinbar. Besonders bemerkenswert ist, daß auch die Prüfung der Zuständigkeit durch die Strafkammer beseitigt worden ist (das gilt nicht nur für die örtliche, sondern auch für die sachliche Zuständigkeit). Der Grundsatz, daß das Gericht in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen seine Zuständigkeit zu prüfen hat, ist damit durchbrochen worden [3]). Dies läßt sich für das Gebiet der Voruntersuchung damit rechtfertigen, daß hier den Zuständigkeitsfragen nur geringe praktische Bedeutung zukommt.

Die Bindung des Untersuchungsrichters an den Antrag der Staatsanwaltschaft bedeutet keineswegs eine Minderung seiner Unabhängigkeit — ebensowenig wie die Unabhängigkeit des Zivilgerichts dadurch beeinflußt wird, daß es genötigt ist, auf jede beliebige Klage hin in die mündliche Verhandlung einzutreten. Der Untersuchungsrichter behält nach wie vor sowohl hinsichtlich des Verfahrens wie auch hinsichtlich des sachlichen Inhalts seiner Maßnahmen volle Unabhängigkeit. Die Rechte der Staatsanwaltschaft beschränken sich insoweit auf ein Auskunfts- und Antragsrecht (§ 196 StPO.).

Man könnte vielleicht annehmen, daß sich nunmehr, nachdem der Untersuchungsrichter dem Antrag der Staatsanwaltschaft bedingungslos entsprechen muß, auch eine besondere Eröffnungsverfügung des Untersuchungsrichters (§ 192 Abs. 1 Satz 2 StPO.) erübrige. Das wäre jedoch nicht richtig. Denn da sich nach wie vor an die Eröffnung der Voruntersuchung wichtige Folgen knüpfen (§ 156 StPO.: Rechtshängigkeit), so muß der Zeitpunkt der Eröffnung auch weiterhin förmlich festgestellt werden. Zudem entspricht es auch einer gesunden Prozeßtechnik, daß der Eintritt in einen neuen Verfahrensabschnitt durch eine förmliche Verfügung offenkundig gemacht wird.

Der Gedanke, daß die Verantwortlichkeiten von Staatsanwaltschaft und Gericht klar zu scheiden sind, kommt auch darin zum Ausdruck, daß das Gericht die Eröffnung der Voruntersuchung nicht mehr beschließen kann. Daraus ergab sich als notwendige weitere Folge, daß auch das Recht des Gerichts zur Anordnung einer Ergänzung der Voruntersuchung (§ 202 StPO.) zu beseitigen war. Umgekehrt ist aber das Recht der Staatsanwaltschaft, eine Ergänzung der Voruntersuchung zu verlangen, erhalten geblieben (§ 197 Abs. 2 StPO.). — Infolge der Beseitigung der §§ 180—183 StPO. kann jetzt eine Entscheidung der Strafkammer über die Zuständigkeit des Untersuchungsrichters nicht mehr herbeigeführt werden. Der Zwang des § 16 StPO., den Einwand der Unzuständigkeit bis zum Schlusse der Voruntersuchung geltend zu machen, hat daher jetzt keinen praktischen Zweck mehr. Infolgedessen ist dieser Zwang durch Änderung des § 16 beseitigt worden. § 17 ist dadurch gegenstandslos geworden, daß jetzt für eine Zuständigkeitsentscheidung für die Voruntersuchung kein Raum mehr gegeben ist.

Durch die Änderung des § 179 und durch die Streichung der §§ 180—183, 202 StPO. ist die Zuständigkeit der Strafkammer für die Voruntersuchung erheblich eingeschränkt worden. Geblieben sind ihr im wesentlichen noch folgende Befugnisse: Entscheidung bei Unterbringung in einer Heilanstalt (§ 81 Abs. 1 StPO.), Entscheidung über Aufhebung des Haftbefehls (§ 124 Abs. 2 StPO.), Bestellung eines Verteidigers (§§ 138 Abs. 2, 141, 142, 144 StPO.) und Entscheidung in den Fällen der §§ 185, 197 Abs. 2 StPO.

Mit der Streichung des § 202 StPO. sollte übrigens nicht etwa auch das Recht des Gerichts, vor Eröffnung des Hauptverfahrens selbst noch einzelne Beweise zu erheben (§ 202 Abs. 3 StPO.), beseitigt werden. Bei der Streichung des § 202 wurde vielmehr vorausgesetzt, daß sich dieses Recht auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung ohne weiteres aus dem Wesen des Zwischenverfahrens ergebe.

III. Einführung von Hilfsuntersuchungsrichtern (Art. 4 Nr. 1 d und e)

Die Einführung des Hilfsuntersuchungsrichters beruht auf dem Bestreben, dem Untersuchungsrichter eine besonders schnelle und gründliche Arbeit zu ermöglichen. In Zukunft werden dem Untersuchungsrichter im wesentlichen nur noch umfangreiche und besonders schwierige Sachen zugewiesen werden. Hier muß der Untersuchungsrichter die Möglichkeit haben, sich der Mithilfe von Hilfskräften zu bedienen, die grundsätzlich die gleichen Befugnisse haben wie er selbst, die aber andererseits seinen Weisungen unterstehen, damit nicht in derselben Sache in entgegengesetzter Richtung gearbeitet wird.

Die Bestellung des Hilfsuntersuchungsrichters kann jederzeit widerrufen werden. Diese Widerruflichkeit ist ein Ausdruck der bürokratischen Unterordnung des Hilfsuntersuchungsrichters. Ebenso die Regelung der Rechtsmittelfrage; andererseits zeigt diese Regelung, daß der Hilfsuntersuchungsrichter eine selbständigere Stellung hat als etwa der Staatsanwalt; er zeichnet nicht wie dieser „im Auftrage", sondern im eigenen Namen. Im ganzen ist die Stellung des Hilfsuntersuchungsrichters nicht unähnlich der des Rechtspflegers.

Die Einführung des Hilfsuntersuchungsrichters wird im übrigen die schon seit langem gewünschte Gelegenheit geben, Assessoren als richterliche Hilfskräfte in den Geschäften des Untersuchungsrichters auszubilden.

IV. Ermessensfreiheit gegenüber den Opfern einer Erpressung (Art. 4 Nr. 2)

Die Staatsführung hat wiederholt zu erkennen gegeben, daß neben dem Denunzianten der Erpresser ein besonders gemeiner Verbrechertyp ist, der die allerschärfste Bekämpfung verdient. § 154 b gibt hierfür ein Kampfmittel, das in seiner Großzügigkeit wohl kaum seinesgleichen findet: Die Staatsanwaltschaft kann von der Verfolgung einer Tat, deren Offenbarung der Nötiger oder Erpresser angedroht hat, absehen, es sei denn, daß die Verfolgung für das Sühne- und Schutzbedürfnis der Volksgemeinschaft unerläßlich ist. Auf diese Weise wird das Opfer selbst in den Kampf gegen das Erpressertum eingeschaltet. Bisher mußte man auf die Mitwirkung des Opfers im allgemeinen verzichten, weil die Furcht vor der eigenen Strafverfolgung das Interesse an der Unschädlichmachung des Erpressers überwog. Bisher war das Opfer regelmäßig vor die Wahl gestellt, ob es eine Strafe für seine eigene Tat oder aber ein Vermögensopfer zur Befriedigung des Erpressers vorziehen wollte. Daß dabei die Wahl auf das scheinbar geringere Übel — nämlich das Vermögensopfer zugunsten des Erpressers — fiel, ist vom Standpunkt des Opfers aus verständlich. Hatte sich aber das Opfer einmal zugunsten des Erpressers entschieden, so war damit der Boden für fortlaufend wiederholte Erpressungen vorbereitet. So kam es, daß meist gerade die gefährlichsten Erpresser ungestraft blieben. § 154 b

[3]) Dies schließt natürlich nicht aus, daß der Untersuchungsrichter, falls er sich für unzuständig hält, bei der Staatsanwaltschaft eine Rücknahme des Antrags auf Voruntersuchung anregt.

beseitigt nunmehr die Furcht des Opfers vor der eigenen Strafverfolgung oder vermindert sie jedenfalls derart, daß das Interesse an der Beseitigung des Erpressers in den meisten Fällen die entgegenstehenden Motive überwiegen wird. Der Gesetzgeber hat dafür Sorge getragen, daß die Staatsanwaltschaft nur in besonders dringenden Fällen auf eine Bestrafung des Opfers hinwirken soll, nämlich nur dann, wenn die Verfolgung mit Rücksicht auf das Interesse der Volksgemeinschaft „unerläßlich" erscheint. „Unerläßlich" bedeutet wohl den höchsten Grad der Notwendigkeit, so daß man davon ausgehen kann, daß die Nichtverfolgung des Opfers die Regel, seine Verfolgung dagegen die Ausnahme bilden wird. Zur Beantwortung der Frage, ob die Verfolgung „unerläßlich" ist, wird der Staatsanwalt zunächst einmal die Schwere der Erpressung gegenüber der Schwere der Tat des Opfers abwägen und sich sodann fragen müssen, welche Tat eher Strafverfolgung verdient, ob die Tat des Erpressers oder die des Erpreßten. Aber selbst wenn der Staatsanwalt zu dem Ergebnis kommen sollte, daß hiernach die Tat des Opfers an sich schwerer ist als die des Erpressers, so wird dies meist noch nicht genügen, um von einer Anwendung des § 154 b abzusehen. Denn neben der Abwägung der beiden Taten ist stets noch das allgemeine staatliche Interesse an der Vernichtung des Erpressertums in Rechnung zu stellen, so daß häufig die Anwendung des § 154 b auch dann geboten sein wird, wenn die Tat des Opfers — für sich betrachtet — strafwürdiger erscheint als die des Erpressers. Eine andere Auffassung würde zu dem Ergebnis führen, daß § 154 b für den Fall der Nötigung praktisch in weitem Umfange illusorisch würde. Denn ein Vergleich der Nötigung mit der vom Genötigten begangenen Straftat wird wohl häufig dazu führen, daß an sich die Straftat des Genötigten schwerer erscheint als die des Nötigers. Denn die Nötigung ist ein verhältnismäßig gering bestraftes Vergehen (Gefängnis bis zu einem Jahre oder Geldstrafe), während die Tat des Opfers meist mit schwererer Strafe bedroht sein wird, weil andernfalls (bei ganz geringfügigen Vergehen oder gar Übertretungen) der Nötiger kaum mit einem Erfolg seiner Tat wird rechnen können. Hier zeigt sich also ganz besonders deutlich, daß eine bloße Abwägung der Taten an sich dem Willen des Gesetzgebers nicht gerecht werden würde, daß vielmehr in allen Fällen daneben weitgehend das überragende allgemeine Interesse an der Ausrottung des Nötiger- und Erpressertums berücksichtigt werden muß, indem das Opfer durch möglichst weitgehende Straffreiheit zu ungehemmter Mitwirkung bei der Strafverfolgung veranlaßt wird.

§ 154 b spricht von einer „begangenen" Nötigung oder Erpressung. Damit soll keineswegs gesagt sein, daß die Nötigung oder Erpressung bereits vollendet sein müsse, ehe Straffreiheit für die Tat des Opfers gewährt werden könne. Eine solche Deutung würde die Aufgaben des § 154 b verkennen. Der Hauptzweck ist zwar der, eine Verfolgung des Erpressers oder Nötigers zu ermöglichen, die sonst — bei zu erwartender Bestrafung des Opfers — meist nicht möglich sein würde. Daneben verfolgt § 154 b natürlich auch das Ziel, Erpressungen und Nötigungen nach Möglichkeit schon vor ihrer Vollendung zu unterbinden, indem das Opfer zu möglichst frühzeitiger Heranziehung der Strafverfolgungsbehörden veranlaßt wird.

Es wird vielleicht auffallen, daß § 154 b — im Gegensatz zu § 153 Abs. 2 StPO. — von einer Mitwirkung des Gerichts völlig absieht. Das entspricht dem auch bei der Neuordnung des Rechts der Voruntersuchung verfolgten Ziel, die Verantwortlichkeiten von Gericht und Staatsanwaltschaft völlig klar voneinander abzugrenzen.

Die §§ 153 Abs. 3 und 154 Abs. 2 StPO. lassen eine Einstellung des Verfahrens auch dann noch zu, wenn die öffentliche Klage bereits erhoben ist. § 154 b sieht von einer ähnlichen Regelung ab. Dies m. E. mit Recht. Man wird hier zwei Fälle unterscheiden müssen:

1. Die Tat des Nötigers oder Erpressers war der Strafverfolgungsbehörde schon im Vorverfahren bekannt geworden, diese hatte aber von einer Anwendung des § 154 b abgesehen, weil ihr die Strafverfolgung des Opfers unerläßlich erschien. Auf Grund der Hauptverhandlung stellt sich die Tat des Erpreßten jedoch als viel harmloser dar, als die Strafverfolgungsbehörde ursprünglich angenommen hatte, so daß sie jetzt zu einer Anwendung des § 154 b geneigt wäre. Die Novelle sieht für diesen Fall die Möglichkeit einer nachträglichen Anwendung des § 154 b nicht vor, wohl in der Erwägung, daß derartige Fälle recht selten sein werden und zudem durch besondere Gründlichkeit des Vorverfahrens weitgehend ausgeschaltet werden können. Eine Anwendung des § 154 b ist hiernach nur so lange möglich, als die Klage nach § 156 StPO. noch zurückgenommen werden kann. Ist die Tat des Opfers eine Übertretung oder ein Vergehen, so kann gegebenenfalls noch nach Erhebung der öffentlichen Klage von § 153 StPO. Gebrauch gemacht werden.

2. Die Tat des Nötigers oder Erpressers wird der Strafverfolgungsbehörde erst bekannt, während das Hauptverfahren gegen das Opfer wegen der Tat, deren Offenbarung der Nötiger oder Erpresser angedroht hatte, bereits schwebt (indem etwa — was sehr selten sein wird — das Opfer erst in der Hauptverhandlung von der Nötigung oder Erpressung Mitteilung macht, oder der als Zeuge vernommene Erpresser sich selbst verrät). Man könnte hier fragen, warum der Gesetzgeber zwecks Verfolgung des Erpressers oder Nötigers dem Ausgebeuteten nicht auch noch für die Hauptverhandlung Straffreiheit in Aussicht gestellt hat. Demgegenüber ist folgendes zu sagen: Ist die Straftat des Erpreßten oder Genötigten einmal zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden gekommen, so besteht für diesen regelmäßig kein Grund mehr, die Tat des Erpressers oder Nötigers der Strafverfolgungsbehörde vorzuenthalten. Denn ein vernünftiger Grund zur Nichtanzeige des Erpressers ist ja nur so lange vorhanden, als das Opfer seine Tat noch vor den Strafverfolgungsbehörden verheimlichen zu können glaubt. Ist das aber nicht mehr der Fall, so bedarf es regelmäßig auch nicht mehr der Aussicht auf Straffreiheit, um den Erpreßten zu einer Anzeige des Erpressers zu veranlassen. Es sind natürlich auch Fälle denkbar, in denen das Opfer, dessen Tat bereits zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden gekommen ist, aus Scham vor Offenbarung seiner Feigheit gegenüber dem Erpresser eine Anzeige des Erpressers unterläßt. Für diese Fälle würde die Aussicht auf Straffreiheit auch noch für die Hauptverhandlung (über die Tat des Opfers) Bedeutung haben. Aber auf derartige Ausnahmefälle brauchte der Gesetzgeber keine Rücksicht zu nehmen, zumal auch hier für Übertretungen und Vergehen die Möglichkeit gegeben ist, nötigenfalls von § 153 StPO. Gebrauch zu machen.

Die eben entwickelten Gedanken führen zu einer Erörterung der Fälle, in denen die Strafverfolgungsbehörde im vorbereitenden Verfahren bereits kraft eigener Ermittelungen die Straftat des Erpressers ermittelt hat. Darf auch in solchen Fällen die Staatsanwaltschaft noch von der Verfolgung des Erpreßten absehen? Man könnte dies mit folgender Begründung verneinen: Der Zweck des § 154 b geht dahin, das Opfer selbst (oder ihm nahestehende Personen) durch die Aussicht auf Straffreiheit zu einer Anzeige zu ermutigen. Ist aber die Tat des Erpressers bereits unabhängig von der Tätigkeit des Opfers (oder ihm nahestehender Personen) ermittelt, so bedarf es zur Ermittlung des Erpressers nicht mehr der Aussicht auf Straffreiheit. Infolgedessen ist in solchen Fällen für eine Anwendung des § 154 b selbst dann kein Raum mehr, wenn der Erpreßte — der irrig annimmt, daß seine Tat der Strafverfolgungsbehörde noch nicht bekannt sei — in der Hoffnung auf Straffreiheit der Strafverfolgungsbehörde von der Erpressung Mitteilung macht. — Eine derartige Lösung kann im Einzelfall berechtigt sein. Aber andererseits ist vor einer Verallgemeinerung zu warnen. Denn wenn der Erpreßte sich stets sagen müßte, daß seine Anzeige möglicherweise zu spät kommt, wenn er damit rechnen müßte, daß trotz seiner Mitwirkung von § 154 b kein Gebrauch gemacht wird, weil die Strafverfolgungsbehörde schon auf Grund eigener Tätigkeit den Erpresser ermittelt hat, so könnte dies leicht zu einer unerwünschten Beeinträchtigung der praktischen Auswirkung des § 154 b führen.

Der § 154b bringt für die Anwaltschaft neue große Aufgaben. Die Beratung eines Erpreßten oder Genötigten, der im Hinblick auf § 154b Anzeige erstatten will, wird mit zu den schwierigsten Aufgaben des Anwalts gehören. Der beratende Anwalt wird jedoch dabei nicht allzu ängstlich zu sein brauchen; in der Regel wird er davon ausgehen können, daß die Strafverfolgung des Opfers unterbleiben wird. Örtliche Verschiedenheiten in der Praxis der Strafverfolgungsbehörden werden gegebenenfalls durch geeignete Maßnahmen im Verwaltungswege nach Möglichkeit ausgeschaltet werden.

§ 154b gewinnt übrigens besondere praktische Bedeutung im Zusammenhang mit der Erweiterung des § 175 StGB. durch Art. 6 der Strafgesetznovelle, da erfahrungsgemäß gerade bei Delikten geschlechtlicher Art Erpressungen besonders häufig vorkommen.

V. Untersuchungshaft zur Sicherung vor Verbrechen (Art. 5)

Die Erweiterung des § 112 Abs. 1 StPO. soll das Recht der Untersuchungshaft von starren formalen Bindungen befreien und mit dem gesunden Volksempfinden in Einklang bringen. Die Novelle rückt daher zwei neue — bisher vernachlässigte — Gesichtspunkte in den Vordergrund: Das Schutzbedürfnis und das Sühnebedürfnis der Volksgemeinschaft.

Dem Schutzbedürfnis wird nunmehr dadurch Rechnung getragen, daß bei dringendem Tatverdacht die Untersuchungshaft auch dann verhängt werden kann, wenn zu befürchten ist, daß der Täter die Freiheit zu neuen strafbaren Handlungen mißbrauchen werde. Bisher galt es als einer der Grundsätze der Strafprozeßlehre, daß den Strafverfolgungsorganen nur die kriminelle Verfolgung bereits begangener Taten obliege, daß dagegen die Verhinderung künftiger Verbrechen lediglich Sache der „Präventivpolizei" sei. Diese Auffassung ist schon durch das Ges. v. 24. Nov. 1933 (vgl. § 126a StPO.) durchbrochen worden. Die Novelle beseitigt sie vollends, weil die Sicherung des Volkes vor neuen Taten eines Verbrechers mit der eigentlichen Strafverfolgung in so engem Zusammenhang steht, daß diese Tätigkeit mit in erster Linie von den mit der Strafverfolgung befaßten Justizbehörden erwartet werden kann. Die MilStGO. hatte für ihren Bereich diese Aufgabe schon seit langem der Strafverfolgungsbehörde zugewiesen (vgl. § 96 Ziff. 4 MilStGO. v. 4. Nov. 1933 [RGBl. I, 924]).

Das Sühnebedürfnis der Volksgemeinschaft verlangt vielfach bei schweren Taten, die die Öffentlichkeit erregen, eine sofortige Reaktion der Strafverfolgungsbehörden gegen den Täter, auch wenn Flucht- oder Verdunkelungsgefahr nicht vorliegen. Die Novelle gestattet demgemäß die Untersuchungshaft, „wenn es mit Rücksicht auf die Schwere der Tat und die durch sie hervorgerufene Erregung der Öffentlichkeit nicht erträglich wäre, den Angeschuldigten in Freiheit zu lassen". Es ist nicht zu verkennen, daß hierdurch neben die bisher genannten rein rationalen (zweckbestimmten) Verhaftungsgründe (Flucht- und Verdunkelungsgefahr, Sicherung vor neuen Verbrechen) ein irrationaler Verhaftungsgrund hinzutritt, der im Hinblick auf das einzelne Verfahren einen konkreten Zweck nicht zu erfüllen hat. Aber darin unterscheidet sich gerade das nationalsozialistische vom liberalen Recht, daß es seine Maßnahmen nicht nur rein rational nach den konkreten Verfahrenszwecken, sondern darüber hinaus auch nach den ethischen Bedürfnissen der Volksgemeinschaft ausrichtet. Eine vergleichbare Parallele bietet auch hier die MilStGO.: § 96 Ziff. 3 MilStGO. gestattet die Verhängung der Untersuchungshaft, wenn „die Aufrechterhaltung der militärischen Mannszucht die Verhaftung erfordert". Ist die Tat derart, daß der Täter dadurch die soldatische Gemeinschaft zu zerstören droht, indem er sich (ideell) außerhalb der soldatischen Gemeinschaft stellt, so muß der Täter auch körperlich schnellstens aus dieser Gemeinschaft entfernt werden. Und was für die engere soldatische Gemeinschaft gilt, das gilt — in abgeschwächter Form — auch für die weitere Volksgemeinschaft: Ein Täter, der sich durch seine Tat selbst ideell aus der Volksgemeinschaft ausschließt, muß auch äußerlich dieser Gemeinschaft sofort entzogen werden, ohne Rücksicht darauf, ob Flucht oder Verdunkelung zu befürchten sind. Als äußerer Gradmesser dafür, ob der Täter sich durch seine Tat außerhalb der Volksgemeinschaft gestellt hat, dient die „Erregung der Öffentlichkeit", denn sie ist der Ausdruck der allgemeinen Überzeugung, daß ein solcher Täter (wenigstens einstweilen) nicht mehr in die Volksgemeinschaft hineingehört.

VI. Einzelbestimmungen (Art. 8)

1. Einfügung des § 354a StPO. (Art. 8 Nr. 1a)

§ 354a StPO. sichert zunächst die prozessuale Durchführung des neuen § 2a StGB., indem er das in § 354 StPO. für den Fall der Gesetzesverletzung vorgesehene Verfahren auf den Fall nachträglicher Gesetzesänderung ausdehnt. § 354a StPO. bringt aber zugleich eine wichtige Neuerung, die zunächst weniger in die Augen fällt: Nach der bisherigen Rechtsprechung des RG. blieb eine Gesetzesmilderung ohne Einfluß auf das Urteil, wenn sie erst nach der letzten Tatsacheninstanz eingetreten war. (Eine Ausnahme wurde nur dann gemacht, wenn die zur Zeit der Urteilsfällung unrichtige Auffassung des angefochtenen Urteils inzwischen von dem neuen Gesetz gebilligt worden war, weil hier die Zurückverweisung leerer Formalismus gewesen wäre. Vgl. RGSt. 51, 47; 53, 13.) § 354a gibt nunmehr auch dem Revisionsgericht die Möglichkeit, im Rahmen des § 2a Abs. 2 StGB. dem milderen Gesetz zur Anwendung zu verhelfen. Maßgebend war dabei der Gedanke der materiellen Gerechtigkeit, der bereits die amtliche Strafrechtskommission zu einer entsprechenden Anregung veranlaßt hatte (vgl. „Das kommende deutsche Strafrecht", Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, Allg. Teil, S. 134, 138). Die amtliche Strafrechtskommission wollte diesen Gedanken in der Form verwirklichen, daß sie dem § 2 StGB. einen entsprechenden Zusatz anfügte (Bericht a. a. O. S. 134: „Das mildere Gesetz ist anzuwenden, auch wenn die Entscheidung im letzten Rechtszug ergeht"). Der Gesetzgeber hat jedoch von einer Regelung im Strafgesetzbuch abgesehen, da es sich um eine Vorschrift überwiegend verfahrensrechtlichen Charakters handelt.

§ 354a StPO. gilt nicht nur für den Fall, daß ein milderes Strafgesetz zur Anwendung kommt, sondern auch für den Fall der Anwendung neuer Maßregeln der Sicherung und Besserung. Nach dem neuen § 2a Abs. 4 StGB. ist über Maßregeln der Sicherung und Besserung stets nach dem Gesetz zu entscheiden, das zur Zeit der Entscheidung gilt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es dem Täter günstig oder nachteilig ist. (Der Bericht der amtlichen Strafrechtskommission a. a. O. S. 134 § d hatte dagegen den Zeitpunkt der Tat für maßgebend erklärt.) Diese Regelung gilt auch für das RevG. Die Anwendung des § 354 StPO. wird hier regelmäßig zur Zurückverweisung der Sache führen, da die Anwendung eines neuen Gesetzes über Maßregeln der Sicherung und Besserung meist weitere tatsächliche Erörterungen über die Persönlichkeit des Täters erfordern wird.

2. Änderung des § 463a Abs. 3 StPO. (Art. 8 Nr. 1b)

Die Erweiterung des § 463 Abs. 3 StPO. ist notwendig geworden durch Art. 12 der Strafgesetznovelle, der in einer Ergänzung zu § 42l StGB. vorsieht, daß die Untersagung der Berufsausübung unter bestimmten Voraussetzungen wieder aufgehoben werden kann. Wie schon bisher für die Fälle der §§ 42f bis 42h StGB., wird nunmehr auch für § 42l Abs. 4 StGB. der § 462 StPO. für anwendbar erklärt.

3. Änderung des § 454 StPO. (Art. 8 Nr. 1c)

Die Neufassung des § 454 beseitigt die bisher zwingend vorgeschriebene Mitwirkung von Gerichtsmitgliedern und Gemeindeangehörigen beim Vollzug der Todesstrafe. Für diese Änderung waren vor allem folgende Erwägungen maßgebend:

a) Nach § 451 StPO. ist die Staatsanwaltschaft Vollstreckungsbehörde. Es entspricht dem Zuge der neueren Entwicklung, daß — ebenso wie bei der Neuregelung der Voruntersuchung — die Aufgabengebiete von Gericht und Staatsanwaltschaft klar geschieden werden. Im Rahmen dieser Entwicklung war für eine Mitwirkung des Gerichts (die ihrer Art nach von der in den §§ 458 ff. StPO. geregelten Tätigkeit völlig verschieden ist) kein Raum mehr gegeben.

b) Die Beteiligung von Laien an der Rechtspflege ist zweifellos erwünscht. Aber sie hat nur da einen Sinn, wo eine Einflußnahme des nicht rechtsgelehrten Volksgenossen auf den sachlichen Inhalt einer Entscheidung oder auf die Art der Durchführung eines bestimmten Verfahrens gesetzlich vorgesehen ist. Diese Voraussetzung trifft jedoch bei der Vollstreckung der Todesstrafe nicht zu.

4. Änderung des § 265 Abs. 5 StPO. (Art. 8 Nr. 1 d)

Die Änderung des § 265 Abs. 5 enthält nur eine Berichtigung, die durch die Neufassung des § 245 StPO. notwendig geworden ist. Obwohl der von § 265 Abs. 5 in Bezug genommene Abs. 1 des neuen § 245 StPO. erheblich weiter geht als der Abs. 2 des bisherigen § 245, so ist damit dennoch eine Änderung des bisherigen Rechtszustandes nicht verbunden, weil sich nach der richtigen Auffassung die Verweisung des § 265 Abs. 5 StPO. schon bisher auf die den § 245 Abs. 2 erweiternde Bestimmung des § 1 Art. 3 Kap. I Teil 1 NotVO. v. 14. Juni 1932 bezog. Die letztgenannte Vorschrift stimmt aber mit dem hier interessierenden Teil des neuen § 245 Abs. 1 überein.

5. Zuständigkeitsbestimmungen des Art. 8 Nr. 3 und 4

Für die Delikte gegen §§ 143 a Abs. 3, 315 Abs. 1 Satz 2 StGB. werden der Volksgerichtshof bzw. die Sondergerichte für zuständig erklärt, weil es sich bei den genannten Delikten um Taten handelt, die eine besonders nachdrückliche und schnelle Sühne erfordern.

6. Ergänzung zu Kapitel I Artikel 1 § 4 Teil 1 NotVO. v. 14. Juni 1932 (Art. 8 Nr. 5)

Diese Ergänzung entscheidet insbesondere die mehrfach aufgetauchte Zweifelsfrage, welches Gericht nach Anordnung der Wiederaufnahme gegen ein Urteil des erweiterten SchöffG. zuständig ist. Die Novelle überweist in derartigen Fällen das Wiederaufnahmeverfahren der großen Strafkammer.

7. Gebührenherabsetzung für bestellte Verteidiger in erstinstanzlichen Oberlandesgerichtssachen (Art. 8 Nr. 6)

Art. 8 Nr. 6 der Novelle betrifft die Anwaltschaft unmittelbar. Er bestimmt eine geringe Gebührensenkung für die im ersten Rechtszuge zur Zuständigkeit der OLG. gehörenden Strafsachen. Die Neuregelung bezieht sich jedoch nur auf den bestellten Verteidiger, nicht auf den Wahlverteidiger. Maßgebend für die Gebührensenkung war neben dem fiskalischen Interesse an Ausgabenverminderung vor allem die Erwägung, daß nach der Neuregelung im Ges. zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens v. 24. April 1934 (Art. III § 4) vor den OLG. durchweg nur noch einfacher liegende Sachen verhandelt werden, die in ihrer Bedeutung den erstinstanzlichen Strafkammersachen im allgemeinen gleichstehen werden. Die Gesetzesbegründung hebt hervor, daß es dieser Sachlage eigentlich entsprochen hätte, die Gebührensätze für erstinstanzliche Oberlandesgerichtssachen auf die für Strafkammersachen geltenden Sätze herabzumindern (d. h. zu halbieren), daß aber von einer derart weitgehenden Gebührensenkung mit Rücksicht auf die Notlage der Anwaltschaft abgesehen worden sei. Demgemäß hat sich die Novelle darauf beschränkt, die nach § 64 RAGebO. für jeden (dem ersten Tage folgenden) weiteren Verhandlungstag fällige Gebühr von 80 RM auf 50 RM pro Tag herabzusetzen und die Vorverfahrensgebühr des § 67 RAGebO. zu streichen, sofern der Pflichtverteidiger die Hauptverhandlungsgebühr erhält. Diese Gebührensenkung wird mit Rücksicht auf die verhältnismäßig geringe Zahl der erstinstanzlichen Oberlandesgerichtssachen für die Anwaltschaft keine große praktische Bedeutung haben.

Dritter Teil

Verfahren gegen Flüchtige und gegen Abwesende, die sich der Wehrpflicht entzogen haben

Von Dr. Heinrich Rempe, Staatsanwaltschaftsrat im Reichsjustizministerium

I. Das frühere Recht (§§ 276, 277 StPO.) ließ die Hauptverhandlung gegen einen Abwesenden auf Grund einer öffentlichen Ladung zu, wenn die Tat mit Geldstrafe oder Einziehung, allein oder in Verbindung miteinander, bedroht war, im allgemeinen also nur in wenigen Sachen der kleinen Kriminalität. Für mittlere und schwere Strafsachen sah es ein Beweissicherungsverfahren und — nach Erhebung der öffentlichen Klage und bei Verdachtsgründen, die einen Haftbefehl rechtfertigten — ein Zwangsverfahren zur Gestellung des Abwesenden vor. Als Regel verlangte es demnach, daß der Angeklagte vor dem Richter erschien. Nur hierdurch hielt es die Findung der Wahrheit und eines gerechten Urteilsspruches für gewährleistet.

Dieser aus liberalistischen Gedankengängen erwachsene Grundsatz hat sich nicht bewährt. Er ist daher bei besonders gearteten Verfahren bereits früher gelegentlich durchbrochen worden (die früheren Vorschriften der StPO. über das Verfahren gegen Abwesende, welche sich der Wehrpflicht entzogen haben, § 473 RAbgO., § 9 Abs. 3 VolksVG., § 9 Ziff. 1 RFluchtStG.). Den endgültigen Bruch mit der Vergangenheit hat man jetzt aus folgenden Gründen vollzogen:

Bei den einfachen Verkehrsverhältnissen der früheren Zeit mag es häufig nicht am bösen Willen des Angeklagten gelegen haben, wenn er nicht zur Gerichtsstelle erschien. Die Forderung, in seiner Abwesenheit von der Hauptverhandlung grundsätzlich abzusehen, hatte damals eine gewisse Berechtigung. Heute liegen die Verhältnisse anders. Die neuzeitlichen Verkehrsmittel begünstigen eine Flucht des Rechtsbrechers ganz erheblich. Sie ermöglichen es ihm ebenso, ohne besondere Mühe zum Termin zu kommen oder wenigstens sein Ausbleiben zu entschuldigen. Wenn der Angeklagte heute in der Hauptverhandlung fehlt, liegt es in der Regel an seinem bösen Willen. Er entschied bisher darüber, ob der Staat auf die Tat mit einer Strafe antworten konnte, oder ob er die Gegenwirkung auf das Verbrechen für unbestimmte Zeit, vielleicht für immer, hinausschieben mußte. Es liegt auf der Hand, daß der Rechtsbrecher dadurch eine Befugnis erhielt, die er nicht haben darf. Für das Ansehen der Strafrechtspflege und des Staates ist es untragbar, wenn der Täter seiner Aburteilung ein entscheidendes Hindernis in den Weg legen kann.

Dieser grundsätzliche Gesichtspunkt hat große praktische Bedeutung. Gerade in den mittleren und schweren Straffällen besteht häufig — abgesehen von der eigentlichen Strafe des Schuldigen — ein öffentliches Bedürfnis nach der Aufklärung einer Tat durch die Hauptverhandlung, an der Feststellung der Schuld oder Unschuld eines Beschuldigten und der Brandmarkung des Schuldigen durch das Urteil. Diese Ziele der Strafrechtspflege können auch in Abwesenheit des Täters erreicht werden. Bisher konnte er ihre Erreichung vereiteln, sogar, wenn das Beweismaterial einen ebenso vollständigen Schuldbeweis wie in seiner Gegenwart zuließ. Die Verschiebung der Hauptverhandlung bis zur Gestellung oder Ergreifung des Täters gleicht den Mißstand nicht aus. Häufig ist hiermit überhaupt nicht zu rechnen. In jedem Falle ist aber der Aufschub der Hauptverhandlung mißlich, weil sich erfahrungsgemäß die Beweismittel verflüchtigen, wodurch der Nachweis des Verbrechens in späterer Zeit gefährdet wird.

Auch eine „Beweissicherung“ kann die Gefahr nicht beheben. Für die spätere Entscheidung über Schuld oder Unschuld des Abwesenden ist nicht der Inhalt der Akten, sondern nach dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung in erster Linie das Ergebnis der mündlichen Verhandlung entscheidend. Es genügt nicht, daß die Akten vollständig sind. Die mündlichen Aussagen, die in aller Regel das Fundament eines Urteils bilden, müssen ausreichend und zuverlässig wiederholt werden können. Vollends unerwünscht erscheint die frühere Regelung, wenn die Strafe — oder eine von mehreren Strafen — trotz der Abwesenheit des Angeklagten vollstreckt werden konnte, so bei Ehren-, Geld- und Vermögensstrafen. Gleiches gilt, wenn die Hauptverhandlung eine nachdrückliche Wirkung in der Öffentlichkeit, Genugtuung und Befriedigung des öffentlichen Sühnebedürfnisses oder Abschreckung, erzielt hätte und die Straflosigkeit der Tat nachteilige Folgen für die staatliche Ordnung und das Ansehen der Staatsführung besorgen ließ.

Man hat früher geltend gemacht, nur die persönliche Vernehmung des Angeklagten und das Zusammen- und Gegeneinanderwirken zwischen ihm, dem Staatsanwalt und dem Gericht gäbe eine sichere Unterlage für das Urteil. Der Gedanke ist in dieser Verallgemeinerung nicht berechtigt. Trotz des hohen Wertes, den die Vernehmung des Angeklagten in der Hauptverhandlung hat, ist er letzten Endes nur eins in der Zahl der Beweismittel. Es hängt von der Lage des Falles ab, ob gerade dieses Beweismittel entbehrt werden kann oder nicht. Wenn die sonstigen Beweise ergiebig sind, kann häufig auch ohne Vernehmung des Angeklagten seine Schuld oder Unschuld zweifelsfrei festgestellt und auf eine Verhandlung ohne ihn ein sicheres Urteil gegründet werden. Die Sache liegt nicht anders, als wenn ein anwesender Angeklagter die Einlassung verweigert und als passiver Zuhörer die Verhandlung über sich ergehen läßt. Für den neuzeitlichen Strafprozeß gilt das um so mehr, als in ihm das Geständnis und die Einlassung des Angeklagten zur Sache immer stärker zurücktreten gegenüber Erkenntnisquellen, die von seiner Person unabhängig sind. Die kriminalistische Wissenschaft, die Medizin, Technik und Chemie stellen heute ja bereits Vorgänge fest, die der Angeklagte durch Erklärungen schlechterdings nicht erschüttern kann. Auch unter diesen Gesichtspunkten hat die Entwicklung der Zeit den Grundsatz, keine Verurteilung in Abwesenheit zuzulassen, überholt.

Es liegt auf der Hand, daß ein so erheblicher Punkt wie die Frage nach der Pflicht und dem Recht des Angeklagten zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung mit den aus den politischen Auffassungen der Zeit geborenen Grundgedanken des Strafprozesses zusammenhängt. Nach der Einstellung des vorigen Jahrhunderts betrachtete man Staat und Rechtsbrecher im Strafprozeß als zwei Parteien, die vor dem Richter das Recht suchen. Schutz des Individuums, auch des Rechtsbrechers, vor der Staatsgewalt war eine aus dem Gedanken der Gewaltenteilung entstandene Forderung der vergangenen Epoche. Selbst wenn der von dem öffentlichen Ankläger vorgelegte Beweis völlig überzeugte, mußte der Richter von dieser Haltung aus eine Entscheidung ablehnen, wenn er nur eine Partei gehört hatte. Andererseits scheute man sich aber, den Gedanken des Parteiprozesses dahin zu Ende zu denken, daß auch der Angeklagte auf sein Parteirecht, in der Hauptverhandlung zu erscheinen und mit seiner Verteidigung gehört zu werden, verzichten dürfe und sein ungehorsames Ausbleiben gesetzlich als stillschweigenden Verzicht zu betrachten. Es blieb eben bei der halben Lösung. Ziel der neuen Gesetzgebung ist ein Strafverfahren, das unter allen Umständen der Gerechtigkeit zum Siege verhilft, den Unschuldigen der Rechtfertigung und den Schuldigen der gerechten Strafe zuführt. Es darf keinen Unterschied machen, ob der Angeklagte sich verteidigt, an der Hauptverhandlung untätig teilnimmt oder sich sogar durch Flucht der richterlichen Gewalt zu entziehen versucht. Im letzten Falle muß der Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, soweit es sich um den Angeklagten handelt, dem Interesse der Strafrechtspflege weichen.

Im Schrifttum des vorigen Jahrhunderts wurden gegen die Aburteilung eines Angeklagten in Abwesenheit gelegentlich noch andere Bedenken erhoben. Man wandte ein, das Urteil gegen den Abwesenden stehe nur auf dem Papier, das Verfahren führe zu einer unerquicklichen Doppelarbeit, weil nach der Ergreifung oder Gestellung des Flüchtigen doch in aller Regel eine neue Verhandlung stattfinde, das Abwesenheitsurteil mindere auch wegen seines meistens provisorischen Charakters die Bedeutung des strafrichterlichen Urteils überhaupt. Das Gesetz hat diese Klippen sorgfältig vermieden, so daß diese Bedenken keiner weiteren Behandlung bedürfen. Im übrigen ist das neue Verfahren gegen Flüchtige nicht für die Fälle des alltäglichen Lebens berechnet. Gegen den abwesenden Beschuldigten wird in den meisten Fällen, wie bisher, die Hauptverhandlung nicht stattfinden. Nur wenn das Rechtsempfinden des Volkes — sei es wegen der Schwere der Tat oder ihrer Art — die baldige Aburteilung verlangt, kommt das Verfahren zum Zuge. Es darf daher auch nicht aus Gesichtspunkten betrachtet werden, die durch die Beobachtung alltäglicher Strafverfahren gewonnen sind.

Bei der Änderung knüpft das Gesetz wieder an Bestimmungen an, die noch in den meisten Partikularrechten der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts enthalten waren und erst durch die Einstellung der folgenden Zeit verschüttet worden sind (vgl. Hugo Meyer, Das Strafverfahren gegen Abwesende, Berlin 1869 und J. Haeberlin, Sammlung der neuen deutschen Strafprozeßordnungen, Greifswald 1852). Es ist hier nicht der Platz, auf die großen Verschiedenheiten dieser Gesetze hinsichtlich der Zulässigkeit der Einrichtung und der Wirkungen des Abwesenheitsverfahrens einzugehen. Seine Grundgedanken lassen sich jedenfalls über sie und das mittelalterliche Recht hinweg bis in die Zeit der Anfänge des deutschen Strafprozesses verfolgen.

Die Strafprozeßgesetze der anderen europäischen Länder schließen sich beim Verfahren gegen Abwesende teils der französischen Gesetzgebung an — so Belgien, Monako und Luxemburg —. Sie kennen vor den Schwurgerichten ein Kontumazialverfahren mit öffentlicher Vorladung des Beschuldigten und gewähren eine neue Verhandlung, wenn der Angeklagte sich stellt oder zur Haft gebracht wird (Code d'instruction Criminelle v. 17. Nov. 1808 Art. 465 ff.). Teils kennen sie ein Abwesenheitsverfahren, das nicht mit einem provisorischen Urteil endet. So findet in der Schweiz (Art. 148 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege v. 15. Juni 1934) gegen den abwesenden Angeklagten unter Zulassung eines Verteidigers die Hauptverhandlung statt, wenn das Gericht sein persönliches Erscheinen nicht für notwendig erachtet. Der in Abwesenheit Verurteilte kann binnen 10 Tagen, seit dem ihm das Urteil zur Kenntnis gelangt ist, beim Bundesstrafgericht schriftlich die Aufhebung des Urteils anbegehren, wenn er durch ein unverschuldetes Hindernis abgehalten worden ist, in der Hauptverhandlung zu erscheinen. Wird die Aufhebung bewilligt, so findet eine neue Hauptverhandlung statt. Das Gesuch um Aufhebung hemmt den Vollzug des Urteils nur, wenn das Gericht oder sein Präsident es verfügt. Es ist bemerkenswert, daß der Entwurf dieses Gesetzes (v. 10. Sept. 1929, Art. 150) die Aufhebung des Abwesenheitsurteils und eine neue Hauptverhandlung vorsah, wenn der Verurteilte es nach Gestellung oder Ergreifung verlangte. Für ihn hat das Gesetz also eine Verschlechterung gebracht. Die gleiche Tendenz zeigt die italienische Gesetzgebung. Sie kannte bereits vor Einführung der faschistischen Staatsform ein Kontumazialverfahren (§§ 471 ff. StPO. v. 27. Juli 1913). Während aber früher eine neue Verhandlung stattfinden mußte, wenn der Verurteilte zu Zuchthaus, einer Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren oder zu dauernder Amtsunfähigkeit verurteilt worden war, behält nach der neuen Strafprozeßordnung des faschistischen Italiens (Art. 498 ff.) das Urteil nicht nur Bestand, sie schließt sogar ausdrücklich den Nachweis der unverschuldeten Säumnis und — wenn der Verurteilte noch mehr als ein Jahr Gefängnis zu verbüßen hat — die Einlegung eines Rechtsmittels aus. Das Kontumazialverfahren ist u. a. schließlich auch noch in Rußland, das es früher nicht kannte (§ 265 StPO. v. 25. Mai 1922

und § 846 StPO. v. 20. Nov. 1864), und in Österreich und der Tschechoslowakei (§§ 412 ff. StPO. v. 23. Mai 1873) bekannt.

II. Die Voraussetzungen, unter denen das Verfahren gegen einen Flüchtigen durchgeführt werden kann, regeln die neuen §§ 276 und 277. Bei Abwesenheit des Beschuldigten wird in der Regel, wie bisher, die Hauptverhandlung nicht stattfinden. Wenn es sich jedoch um eine Straftat handelt, deren baldige Aburteilung das Rechtsempfinden des Volkes verlangt, soll die Hauptverhandlung durchgeführt werden. Es wird sich hierbei meistens um schwere Verbrechen handeln, die einen Verstoß weniger gegen den einzelnen Volksgenossen als gegen den Bestand und die Sicherheit des Staates und den Gedanken der Volksgemeinschaft enthalten. Das Gesetz stellt es jedoch nicht auf die besondere Schwere der Tat ab. Es will auch Raum für die Würdigung anderer Gesichtspunkte lassen. Im Einzelfall wird daher auch zu erwägen sein, ob etwa die Aussetzung der Sache der Ermittlung der Wahrheit abträglich sein könnte, ob die Straflosigkeit des Täters das Vertrauen des Volkes zur Rechtspflege mindern würde oder ob sich der Beschuldigte im Besitz von Ämtern oder Vermögensstücken befindet, die ihm durch die Strafvollstreckung im Inlande entzogen werden können. Im Einklang mit den meisten früheren deutschen und den Rechten anderer europäischer Staaten läßt das Gesetz das Verfahren nicht nur bei bestimmten Tatbeständen zu. Die Strafverfolgungsbehörden sollen möglichst freien Spielraum bei der Würdigung des einzelnen Falles haben.

Der Begriff des Flüchtigen setzt ein Doppeltes voraus: Daß der Beschuldigte sich im Ausland aufhält oder im Inland verbirgt und daß er sich dadurch der deutschen Gerichtsbarkeit entzieht. Es ist nicht nötig, daß er sich im Ausland oder Inland verborgen hat, um das Strafverfahren zum Erliegen zu bringen oder daß er sich wenigstens wegen der zur Untersuchung stehenden Tat entfernt hat. Hätte das Gesetz die Zulässigkeit des Verfahrens an diese Bedingungen geknüpft, so wäre eine große Unsicherheit des Prozeßganges hervorgerufen worden. Häufig wird die Staatsanwaltschaft die Beweggründe für die Flucht überhaupt nicht nachprüfen können. Der Zwang zu einer Feststellung in dieser Richtung ist daher von ihr ferngehalten worden.

Den Ausgleich für die weite Fassung des Begriffes des Flüchtigen gibt § 277 Abs. 2. Unter den Flüchtigen können sich auch Beschuldigte befinden, die sich nicht in böswilliger Absicht entfernt haben. Die Gefahr, daß ein solcher Beschuldigter in Abwesenheit verurteilt wird, ist zwar nicht groß. Denn in den schweren Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft das Abwesenheitsverfahren anregen wird, ist nicht zu befürchten, daß dem Beschuldigten das Verfahren unbekannt bleibt. An dieser Stelle ist gleichzeitig auch das Verhältnis des Abwesenheitsverfahrens zu den Vorschriften über den Rechtshilfeverkehr mit dem Auslande geregelt. Die Staatsanwaltschaft soll in erster Linie auf die Auslieferung des Flüchtigen bedacht sein. Der Erhebung der Anklage braucht jedoch nicht in allen Fällen der Versuch einer Auslieferung vorauszugehen. Er erübrigt sich z. B., wenn die Auslieferung wegen erheblicher rechtlicher oder tatsächlicher Schwierigkeiten von vornherein keinen Erfolg verspricht. Daß die Staatsanwaltschaft den im Inland befindlichen Täter in erster Linie zum persönlichen Erscheinen vor Gericht zwingen, der Aburteilung und der Strafvollstreckung an seiner Person zuführen muß, versteht sich von selbst. Das Abwesenheitsverfahren soll ihr nicht die Mühen der Nachforschung nach einem Verbrecher ersparen. Solange sich der Beschuldigte im Bereiche der richterlichen Gewalt befindet oder befinden kann, soll die Hauptverhandlung ohne den Angeklagten daher nur stattfinden, wenn die Ermittlungen nach dem Aufenthalt des Flüchtigen ergebnislos geblieben sind. Es wird von der Lage des einzelnen Falles abhängen, ob sich die Staatsanwaltschaft mit den üblichen polizeilichen Nachforschungen begnügen kann, oder ob sich zunächst auch die weiteren Fahndungsmaßnahmen, wie Steckbrief, Fahndung durch Polizeifunk oder Vermögensbeschlagnahme zum Zwecke der Gestellung (§ 290 StPO.), als ergebnislos erwiesen haben müssen. Gegen einen Ausländer soll die Staatsanwaltschaft den Antrag auf Einleitung eines Abwesenheitsverfahrens in der Regel nicht stellen, es sei denn, daß auch gegen ihn Straffolgen wenigstens teilweise in Wirksamkeit gesetzt werden können. Gleiches gilt bei einem Beschuldigten, der staatenlos ist.

Das Verfahren gegen den Flüchtigen setzt einen besonderen Antrag der Staatsanwaltschaft voraus. Dieser wird in der Regel mit der Anklage verbunden werden. Er kann aber auch später, und zwar bis zur Verkündung des rechtskräftigen Urteils, gestellt werden. Man kann die Hauptverhandlung somit zur Erzielung eines Urteils in Abwesenheit fortführen, wenn sich der Angeklagte vor Beendigung seiner Vernehmung über die Anklage entfernt und die Voraussetzungen für die Durchführung der Hauptverhandlung gegen einen Flüchtigen vorliegen. Eine nochmalige öffentliche Ladung (§§ 279, 280) ist in diesem Falle nicht nötig, da der Angeklagte das Verfahren kennt. Sie würde nur zu einer Verzögerung führen. Ob die in den §§ 276 Abs. 1 und 2 und 277 Abs. 2 und 3 enthaltenen Voraussetzungen vorliegen, entscheidet lediglich die Staatsanwaltschaft. Das Gericht ist insoweit an ihre Auffassung gebunden und kann die Eröffnung der Untersuchung nicht ablehnen, wenn es die erwähnten Voraussetzungen nicht für vorliegend hält. Die Novelle, die nach den Ausführungen des Reichsjustizministers bei ihrer Bekanntgabe an die Presse ein Wegbereiter der künftigen Gesamtreform des Strafprozesses ist, zeigt an dieser Stelle deutlich ein Ziel der geplanten Neuerungen. Für die sonstigen Prozeßvoraussetzungen oder die Prozeßhindernisse bleibt es bei dem allgemeinen Grundsatz, daß das Gericht sie in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen hat.

Im übrigen gelten für das Verfahren die allgemeinen Vorschriften, soweit ihnen nicht die Abwesenheit des Beschuldigten entgegensteht oder etwas anderes ausdrücklich bestimmt worden ist. Durch die Abwesenheit des Angeklagten ist u. a. bereits die Anwendung der Vorschriften der §§ 230 Abs. 1, 235, 243 Abs. 2 erster Halbsatz und Abs. 3, 257 und 258 soweit der Angeklagte in Frage kommt, 265 und 266 soweit es sich um eine Belehrung oder um Rechte des Angeklagten handelt, ausgeschlossen. Der in Abwesenheit Verurteilte kann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 235 StPO. nicht verlangen, da in dem Abschnitt über die Hauptverhandlung gegen Flüchtige die Möglichkeiten zur Beseitigung des Urteils abschließend geregelt sind (§ 282 b). Die in § 243 StPO. vorgeschriebene Vernehmung des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse wird das Gericht in vielen Fällen durch Feststellungen aus den Akten oder durch Erörterung mit dem Verteidiger des Angeklagten ersetzen können. Desgleichen wird es dem Verteidiger des Angeklagten Gelegenheit geben, für den Flüchtigen Fragen oder Beweisanträge zu stellen und Erklärungen abzugeben. Gleiches gilt für die Schlußausführungen und -anträge des Angeklagten. Es liegt auf der Hand, daß die Durchführung der Hauptverhandlung gegen einen Flüchtigen auch nicht an den Vorschriften des § 265 StPO. scheitern darf. Der Angeklagte, der sich der Durchführung der Hauptverhandlung durch die Flucht entzieht, damit auf seine persönliche Verteidigung vor dem Gerichte gänzlich verzichtet und dem Verfahren die schwersten Hindernisse in den Weg legt, kann nicht erwarten, daß er wie der erschienene Angeklagte behandelt wird.

Da das Abwesenheitsurteil grundsätzlich dem in Gegenwart des Angeklagten gefällten Urteil gleichsteht und die Zustellung der Anklageschrift und des Eröffnungsbeschlusses durch die öffentliche Ladung ersetzt werden müssen, hat das Gesetz in den §§ 279 und 280 für diese besonders eingehende Vorschriften gegeben. Die öffentliche Ladung soll den Angeklagten mit dem Inhalt der Anklage genau bekannt machen. Es soll weiter möglichst jeder Weg beschritten werden, um ihm Kenntnis von dem Verfahren zu vermitteln. Gerade auf diesem letzten Punkt liegt entscheidendes Gewicht. Bei einem Abwesenheitsurteil mit unabänderlicher Wirkung muß die unvermeidbare Unsicherheit der öffentlichen Ladung möglichst ausgeschaltet werden.

Der Inhalt der öffentlichen Ladung deckt sich im wesentlichen mit dem des Eröffnungsbeschlusses. Ein gewisser Spielraum besteht insofern, als das Gesetz die Vorschriften in die Form von Soll-Vorschriften kleidet. In der öffentlichen Ladung sind der Angeklagte und die ihm zur Last gelegte Tat so genau zu bezeichnen, daß eine Verwechslung und Zweifel über den Täter und die Tat nicht auftauchen können. Es ist daher nicht zulässig, nur die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale oder den Begriff des Verbrechens anzugeben. Häufig wird es sich auch empfehlen, in der öffentlichen Ladung, die an der Gerichtstafel angeheftet wird, oder in der Ladung, die dem Flüchtigen, seinen Angehörigen oder anderen ihm nahestehenden Personen anstatt der Anklageschrift mitgeteilt wird (§ 280 Abs. 3), auch die Beweismittel anzugeben. Die öffentliche Ladung muß ferner die Ankündigung enthalten, daß die Hauptverhandlung auch beim Ausbleiben des Flüchtigen stattfinden werde, und daß das Urteil vollstreckbar sei.

Die Bekanntmachung der öffentlichen Ladung geschieht durch mindestens zwei öffentliche Blätter, die die Staatsanwaltschaft auswählt. Ob darüber hinaus die Ladung noch durch weitere Blätter verbreitet wird, steht in ihrem Ermessen. Die Staatsanwaltschaft wird hierbei bedenken müssen, daß die öffentliche Ladung möglichst zur wirklichen Kenntnis des Angeklagten gelangen soll und gegebenenfalls auch eine Verbreitung in weiteren Blättern, etwa in der Form von Pressenotizen, veranlassen. Auf derselben Erwägung beruht die Vorschrift des § 280 Abs. 2, daß eine beglaubigte Abschrift der Ladung für zwei Wochen an die Tafel des Gerichtes erster Instanz angeheftet werden soll und der Abs. 3 und 4, die weitere Wege zeigen, auf denen dem Angeklagten Kenntnis von dem Verfahren vermittelt werden kann. Mit diesen Vorschriften greift das Gesetz teils auf Bestimmungen früherer deutscher Rechte, teils auf ein Vorbild im Verfahren wegen Verstoßes gegen das RFluchtStG. zurück. Auch wenn die in den Abs. 2 bis 4 genannten Maßnahmen ergriffen werden, gilt die öffentliche Ladung als bewirkt, wenn seit dem Erscheinen des Blattes, in dem die erste Bekanntmachung erfolgt ist, zwei Wochen verflossen sind. Sie ist die Grundlage der Kontumazialverhandlung. Alle weiteren Maßnahmen zur Benachrichtigung des Angeklagten von der Einleitung des Verfahrens sind zusätzlicher Natur. Wird eine Hauptverhandlung, zu der ein Flüchtiger öffentlich geladen worden war, ausgesetzt, so braucht er zu einer neuen Hauptverhandlung nicht noch einmal öffentlich geladen zu werden. Für diesen besonderen Fall, den das Gesetz nicht ausdrücklich regelt, gilt § 40 Abs. 2 StPO.

Für die Frist zwischen der öffentlichen Zustellung und der Hauptverhandlung gibt das Gesetz keine besondere Vorschrift. Es ist den Gerichten überlassen, diesen Zeitraum entsprechend der Lage des einzelnen Falles so geräumig zu bestimmen, daß der Angeklagte zur Reise an die Gerichtsstelle genügend Zeit finden würde.

Dem Flüchtigen ist ein Verteidiger von Amts wegen zu bestellen. Der Vorschrift, die einen Gedanken des italienischen und schweizerischen Rechtes aufgreift, liegt der Wunsch zugrunde, die Abwesenheit des Angeklagten möglichst auszugleichen und dem Gerichte durch die Anhörung des Verteidigers eine weitere Erkenntnisquelle für den Sachverhalt zu eröffnen. Falls neben dem vom Gericht bestellten ein Verteidiger mit Vollmacht des Angeklagten erscheint, muß — ebenso wie in den Fällen der §§ 140 ff. — angenommen werden, daß das Recht des Beschuldigten auf einen Pflichtverteidiger ruht, solange er den Beistand des Wahlverteidigers genießt. Die Bestellung eines Verteidigers unterliegt als zwingende gesetzliche Vorschrift nicht dem Verzicht des Flüchtigen. Sie muß selbst gegen seinen ausdrücklichen Willen erfolgen. In welchem Zeitpunkte des Verfahrens dies zu geschehen hat, schreibt das Gesetz nicht ausdrücklich vor. Da ein gewissenhafter Verteidiger bemüht sein wird, den Flüchtigen zur Gestellung vor Gericht zu veranlassen, wird das Gericht den Verteidiger möglichst früh, spätestens bei der Anordnung der öffentlichen Ladung (vgl. § 140 Abs. 3 StPO.), in das Verfahren einschalten.

Für die Hauptverhandlung gelten die allgemeinen Vorschriften mit der in § 276 Abs. 3 angedeuteten Maßgabe. Den Fall, daß sich in der Beurteilung der Tat gegenüber der Anklageformel eine Veränderung der rechtlichen Gesichtspunkte ergibt, auf die der anwesende Angeklagte nach § 265 hingewiesen werden müßte, hat das Gesetz nicht besonders geregelt. Wie oben bereits erwähnt wurde, wäre ein Verfahren gemäß § 265 StPO. gegenüber einem Flüchtigen, der entschlossen ist, nicht vor dem Gerichte zu erscheinen, eine leere Formalität. § 265 StPO. darf daher den Fortgang des Verfahrens nicht hindern (§ 276 Abs. 3). Im übrigen unterscheidet sich die Hauptverhandlung gegen einen Flüchtigen — abgesehen von dem Einfluß der Abwesenheit des Angeklagten — nicht von einer gewöhnlichen Hauptverhandlung. Das Gesetz will nicht, daß das Ausbleiben des Angeklagten als ein Zugeständnis ausgelegt und darauf eine Verurteilung gegründet wird, wie eine Reihe früherer Rechte vorsahen, die dem Abwesenheitsurteil nur eine provisorische Bedeutung zumaßen. Die Beweisaufnahme soll grundsätzlich genau so vollständig sein wie bei der Verhandlung in Anwesenheit des Angeklagten. Gericht, Staatsanwalt und Verteidiger werden also vor einer schweren Aufgabe stehen, da nicht nur der persönliche Eindruck des Angeklagten, sondern auch seine persönlichen Erklärungen über einzelne Punkte fehlen werden. Alle Beteiligten werden daher bestrebt sein müssen, durch sorgfältige Benutzung aller verfügbaren Erkenntnisquellen den natürlichen Mangel des Abwesenheitsverfahrens möglichst auszugleichen.

Die Hauptverhandlung kann nach den allgemeinen Grundsätzen mit einer Sachentscheidung — Verurteilung oder Freisprechung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen — oder mit einer Formalentscheidung enden. Eine Einstellung aus formellen Gründen kommt z. B. in Frage, wenn eine Prozeß- oder Urteilsvoraussetzung fehlt oder ein Prozeßhindernis vorliegt, es sei denn, daß es sich um die in den §§ 276 Abs. 1 und 2 und 277 Abs. 2 und 3 genannten Voraussetzungen handelt, die das Gericht in keiner Lage des Verfahrens nachprüfen kann. Stellt sich außerhalb der Hauptverhandlung heraus, daß eine vom Gericht zu prüfende Voraussetzung fehlt, so kann das Verfahren auch durch Beschluß eingestellt werden.

Das Gericht ist nicht genötigt, ein Urteil zu erlassen, wenn es sich ohne den Angeklagten von seiner Schuld oder Unschuld nicht überzeugen kann (§ 282). Hält es die Sache zur endgültigen Entscheidung nicht für geeignet, so kann es die vorläufige Einstellung des Verfahrens beschließen. Der Beschluß ist nicht anfechtbar, weil es nicht angängig erscheint, den ersten Richter durch die Beschwerdeinstanz zu einer Sachentscheidung zu zwingen. Wann Anlaß zur vorläufigen Einstellung besteht, muß der einzelne Fall zeigen. Es kann sich um Mängel und Lücken bei der Feststellung des äußeren Tatbestandes oder um Schwierigkeiten bei der Feststellung der Art und des Maßes der Schuld handeln. Im Einzelfall wird man sich vor Augen halten müssen, daß die Schwierigkeiten bei der Feststellung des subjektiven Tatbestandes und der Wahl der Strafe und des Strafmaßes in der Natur des Verfahrens gegen einen Abwesenden liegen. Sie werden daher, wenn der äußere Tatbestand festgestellt ist, nur in besonderen Fällen zur vorläufigen Einstellung des Verfahrens führen dürfen, wenn nicht der Zweck des Abwesenheitsverfahrens überhaupt in Frage gestellt werden soll.

Erscheint der Angeklagte im Laufe der in seiner Abwesenheit begonnenen Hauptverhandlung, so kann das Verfahren gegen ihn fortgesetzt werden, nachdem seine Vernehmung nachgeholt worden ist. In den meisten Fällen wird es sich darüber hinaus empfehlen, den Angeklagten über die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens zu unterrichten. Das Gesetz regelt diesen Fall nicht ausdrücklich. Seine Lösung ergibt sich daraus, daß sich die Hauptverhandlung gegen den Flüchtigen von der gewöhnlichen Verhandlung grundsätzlich nicht unterscheidet.

Die Zustellung des Urteils erfolgt gemäß § 40 Abs. 2. Es ist hiernach zunächst der entscheidende Teil des Urteils an der Gerichtstafel anzuheften. Von der Zustellung an laufen die Fristen zur Anfechtung der gegen das Abwesenheitsurteil zugelassenen allgemeinen Rechtsmittel. Eine Beschränkung der Rechtsmittel des flüchtigen Angeklagten, wie sie das neue

italienische Recht kennt, sieht das Gesetz nicht vor. Nach Einlegung der Berufung oder Revision durch den Angeklagten oder den Verteidiger ist das Urteil mit Gründen nochmals an den Verteidiger zuzustellen. Hat der gesetzliche Vertreter des Angeklagten selbständig ein Rechtsmittel eingelegt, so ist es nach allgemeinen Regeln auch an ihn zuzustellen. Alle weiteren Zustellungen an den Angeklagten können ebenfalls durch Anheftung an die Gerichtstafel (§ 40 Abs. 2) bewirkt werden.

Die Staatsanwaltschaft kann das rechtskräftige Urteil öffentlich bekanntmachen. Art und Umfang der Bekanntmachung stehen in ihrem Ermessen. Nach Lage des Falles kann neben der amtlichen Bekanntmachung auch eine Verbreitung über die Pressestellen als Tagesnachricht in Frage kommen. Die Bekanntmachung findet ihre Vorbilder im französischen Recht, einer älteren österreichischen StPO. und anderen früheren Partikularrechten. Sie soll die anprangernde Wirkung des Urteils unterstreichen. Abgesehen von der Bekanntmachung, kann von einer Vollstreckung des Urteils natürlich nur insoweit die Rede sein, als eine Geld- oder sonstige Vermögensstrafe in zurückgelassenes Vermögen vollstreckt wird und der Verlust von Ämtern, Rechten usw. eintritt.

Für das Verfahren nach der Ergreifung oder freiwilligen Gestellung des Flüchtigen bieten die früheren Partikularrechte und die Rechte anderer Staaten, die ein Abwesenheitsverfahren kennen, verschiedene Vorbilder: In einigen Gesetzen, die dem französischen Rechte folgen, wird das in Abwesenheit ergangene Urteil zunächst soweit als möglich vollstreckt. Bei der späteren Gestellung des Angeklagten verliert es aber sofort seine Bedeutung, so daß in jedem Fall eine neue Verhandlung und Entscheidung notwendig wird. Mit Rücksicht auf die provisorische Bedeutung des ersten Urteils ist in diesen Gesetzgebungen häufig von einer vollständigen und mündlichen Beweisaufnahme in der ersten Verhandlung abgesehen. Andere Gesetze stellen es dem Angeklagten frei, durch seinen einfachen Widerspruch, dem keine Gründe hinzugefügt zu werden brauchen, oder durch einen Einspruch, in dem er sein Ausbleiben genügend entschuldigt, das Urteil zu beseitigen. Die letzte Regelung besteht in der Schweiz (Art. 148 BundG. v. 15. Juni 1934), während der Entwurf dieses Gesetzes die Erneuerung der Hauptverhandlung auf Grund des einfachen Antrages des Verurteilten vorsah. Eine dritte Gruppe gibt dem Angeklagten gegen das verurteilende Erkenntnis kein besonderes, dem Abwesenheitsverfahren eigentümliches Rechtsmittel. Hierzu zählt die neue italienische StPO. Bei den beiden letzten Gruppen ist natürlich in allen Gesetzgebungen Grundlage der ersten Entscheidung eine vollständige mündliche Verhandlung.

Das Gesetz gibt dem Flüchtigen und der Staatsanwaltschaft gegen das in Abwesenheit ergangene Urteil zunächst die gewöhnlichen Rechtsmittel. Die Staatsanwaltschaft und der Verurteilte können ferner aus den Gründen, die allgemein eine Wiederaufnahme des Verfahrens ermöglichen (§§ 359, 362), jederzeit die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragen. Darüber hinaus hat der Flüchtige ein Recht auf Wiederaufnahme des Verfahrens unter Voraussetzungen, die an die Vorschriften der SondergerichtsVO. angelehnt sind (§ 282 b). Voraussetzung für die Wiederaufnahme des Verfahrens ist hier, daß der Verurteilte ergriffen worden ist oder sich freiwillig gestellt hat, und daß er innerhalb einer Woche seit der erneuten Zustellung des Urteils die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt. Sie findet statt, wenn er sein Ausbleiben durch triftige Gründe rechtfertigt, oder wenn sonstige Umstände vorliegen, die eine Erneuerung der Hauptverhandlung als notwendig erscheinen lassen. Nach der erneuten Zustellung kann der Verurteilte die allgemeinen Rechtsmittel nicht mehr einlegen, selbst wenn er oder sein Verteidiger sich ihrer früher nicht bedient haben. Den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens auf Grund des § 282 b kann die Staatsanwaltschaft nicht stellen.

Was als triftiger Grund für das Ausbleiben des Flüchtigen anzusehen ist, kann nur nach der besonderen Lage des einzelnen Falles beurteilt werden. Hierüber entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen. Wenn der Angeklagte von dem Verfahren überhaupt keine Kenntnis hatte oder wenn ihm die öffentliche Ladung unbekannt geblieben war, wird in der Regel Anlaß zu Wiederaufnahme nicht bestehen, falls er sich mit Rücksicht auf das Verbrechen, um das es sich bei dem Verfahren handelt, oder nach Kenntnis von der Einleitung des Verfahrens entfernt hat. Falls der Flüchtige zur Hauptverhandlung erscheinen wollte, aber durch einen Unfall auf der Reise am pünktlichen Eintreffen gehindert wurde, kann die Wiederaufnahme des Verfahrens gerechtfertigt sein. Von besonderer Bedeutung dürfte es immer sein, ob der Verurteilte guten Willen zum Erscheinen nachweisen kann, ob er insbesondere sein Fernbleiben sofort entschuldigt, sich alsbald nach der Verurteilung gestellt hat, oder ob er vielleicht erst nach Jahren ergriffen worden ist. Zu den sonstigen Umständen, die eine Wiederaufnahme des Verfahrens rechtfertigen können, wird man in der Hauptsache besonders schwere Bedenken gegen den Schuldspruch zählen dürfen. Zweifelhafter ist es, wenn der Verurteilte behauptet, daß eine neue Verhandlung etwa zu einer milderen Strafart oder zu einer Änderung der Strafhöhe führen würde.

Die neuen Vorschriften über das Verfahren gegen Flüchtige haben endlich auch zu einer Änderung im Kostenabschnitt geführt (§ 474 a). Es kann billig sein, daß der Angeklagte die Kosten der früheren Hauptverhandlung auch dann trägt, wenn er in der erneuten Hauptverhandlung freigesprochen wird. Für eine Entscheidung in dieser Richtung ist Raum geschaffen worden.

Die bisherigen Vorschriften über die Beschlagnahme zur Sicherung der Vollstreckung des Urteils, über die Sicherstellung der Beweise und die Beschlagnahme zur Gestellung des Schuldigen sind in einem neuen Abschnitt zusammengefaßt worden. Eine Ergänzung des § 232 ermöglicht es endlich, daß in den Fällen der kleinen Kriminalität, in denen nach bisherigem Rechte (§ 277 a. F.) das Verfahren gegen Abwesende zulässig war, auch in Zukunft auf Grund einer öffentlichen Ladung gegen einen nicht erschienenen Angeklagten verhandelt werden kann.

III. Völlig verschieden von dem Verfahren gegen Flüchtige ist das im neuen 5. Abschnitt des 6. Buches der StPO. geregelte Verfahren gegen Abwesende, die sich der Wehrpflicht entzogen haben. Die neuen Vorschriften stellen im wesentlichen den Zustand wieder her, der vor dem Zusammenbruch des Jahres 1918 bestand. Es handelt sich um ein besonderes Versäumnisverfahren, das nur bei den in den §§ 140—140 b StGB. bezeichneten strafbaren Handlungen Platz greift und auf andere Verletzungen der Wehrpflicht und der Wehrkraft nicht anwendbar ist (§ 434).

Der Schwerpunkt des Verfahrens liegt bei den mit der militärischen Überwachung der Wehrpflichtigen beauftragten Behörden, deren Erklärung über das Verhalten des Wehrpflichtigen die Grundlage der Anklage bildet. Die Staatsanwaltschaft und das Gericht haben zunächst nur zu prüfen, ob diese Erklärung den Erfordernissen des § 437 entspricht. Ist dies der Fall, so kann weder die Erhebung der Anklage noch die Eröffnung der Voruntersuchung abgelehnt werden. Die Frage, ob Umstände vorliegen, die der Erklärung entgegenstehen, ist der Hauptverhandlung vorbehalten (§ 440 Abs. 1).

Für die Ladung des Angeklagten zur Hauptverhandlung paßten die neuen Vorschriften für die Ladung eines Flüchtigen (§§ 279, 280) nicht in vollem Umfange. Das Gesetz hat daher für die in der Regel einfacheren Verfahren gegenüber Wehrpflichtigen vereinfachte Ladungsvorschriften vorgesehen. Für den abwesenden Angeklagten kann ein Verteidiger ohne Beibringung einer Vollmacht auftreten. Seine Angehörigen sind ebenfalls ohne Vollmacht als Vertreter zuzulassen. Auch sie können von den dem Beschuldigten zustehenden Rechtsmitteln Gebrauch machen (§ 439).

Die Vorschrift über die Beschlagnahme des Vermögens des Angeschuldigten, die früher im § 140 Abs. 3 StGB. enthalten war, ist in die StPO. übernommen worden (§ 439 Abs. 3). Die Voraussetzungen für die Beschlagnahme ergeben sich jetzt aus dem § 434 i. Verb. m. den §§ 283 und 284 StPO. Die Vermögensbeschlagnahme ist jetzt auch bei der unerlaubten Auswanderung (§ 140 a) zulässig, bei der sie früher nicht vorgesehen war (§ 360 Nr. 3 StGB. a. F.). Im übrigen ist die

Beschlagnahme nicht unbedingt vorgesehen, sondern in das Ermessen des Gerichts gestellt. Wenn der Wehrpflichtige vermögenslos ist, würde sie häufig zwecklos sein.

§ 440 enthält eine positive Beweisregelung. Er weist den Richter an, aus gewissen tatsächlichen Umständen, die in § 437 angeführt sind, auf den Tatbestand zu schließen, falls nicht im einzelnen Falle bestimmte Umstände diesem Schluß entgegenstehen. Die Frage, ob Tatsachen geeignet sind, die Erklärung der mit der Überwachung des Wehrpflichtigen Beauftragten zu entkräften, unterliegt natürlich der freien Würdigung des Gerichtes.

Es ist zu erwarten, daß die Bestimmungen dieses Abschnittes, ebenso wie früher, keine erhebliche Rolle in der Praxis der Gerichte spielen werden.

Berufspflichten der Notare

Von Notar Wolpers, Lennep, Präsident der Reichsnotarkammer

Wiederholte Anfragen bei der Reichsnotarkammer veranlassen mich, einzelne in letzter Zeit besonders wichtig gewordene Zweifelsfragen über Berufspflichten der Notare auch der Leserschaft der Juristischen Wochenschrift zu unterbreiten, da sich gezeigt hat, daß die Veröffentlichungen in der Deutschen Notar-Zeitschrift nicht von allen Berufskameraden und Dienstaufsichtsstellen zur Kenntnis genommen worden sind.

1. Amtsbezirke der Notare

Die VO. über die Amtsbezirke der Notare v. 17. Juni 1934 (RGBl. I, 514) bestimmt, daß Amtshandlungen eines Notars nicht deshalb unwirksam sind, weil sie außerhalb des Amtsbezirks vorgenommen sind. Diese Bestimmung ist ergangen, da verschiedene Notare, auch trotz meines Hinweises in DNotZ. 1934, 389, in irriger Auslegung des Art. 4 des 1. Ges. zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich v. 16. Febr. 1934 (RGBl. I, 91) der Ansicht waren, daß nicht nur die innerhalb der örtlichen Zuständigkeit eines Notars aufgenommenen Urkunden im ganzen Reich wirksam seien, sondern daß auch die örtliche Zuständigkeit jedes Notars auf das ganze Reich ausgedehnt sei. Um die schwerwiegenden Folgen dieser irrigen Ansicht zu verhüten, ist durch die erwähnte VO. v. 17. Juni 1934 mit Rückwirkung auf den 20. Febr. 1934 die Wirksamkeit dieser Urkunden außer Zweifel gestellt worden (s. Pätzold: DNotZ. 1934, 572).

Zur Vermeidung weiterer irriger Auslegung bestimmt die VO. v. 17. Juni 1934 ausdrücklich, daß der Notar ohne Verletzung seiner Amtspflichten Amtshandlungen nur in dem Bezirk vornehmen darf, für den ihm die Befugnis der Amtsausübung verliehen ist, und spricht die Wirksamkeit einer unter Verstoß hiergegen vorgenommenen Amtshandlung nur *unbeschadet der dienststrafrechtlichen Beurteilung des Einzelfalles* aus.

Trotz der Eindeutigkeit und Klarheit dieser Vorschrift ist es erneut vorgekommen, daß Notare Amtshandlungen außerhalb ihres landesrechtlichen Amtsbezirks, ja sogar außerhalb des Landes vorgenommen haben, in dem sie als Notare zugelassen sind. Diese Vorkommnisse haben den Herrn Reichsminister der Justiz veranlaßt, in einer AllgVfg. v. 18. Juli 1935 (DJ. S. 1055) auf die Beachtung der für die Amtsbezirke der Notare geltenden Vorschriften hinzuweisen. Durch diese Allgemeine Verfügung ist nochmals klargestellt, was schon vorher einem Zweifel nicht unterlag, daß die Amtsbezirke der Notare durch den Übergang der Justizverwaltung auf das Reich keine Änderung erfahren haben. Es ist ausgesprochen, daß insbesondere preußische Notare, die in Preußen ihren Amtssitz haben, ebensowenig wie bisher befugt sind, in einem außerpreußischen Gebietsteil tätig zu werden, selbst dann nicht, wenn dieser Gebietsteil dem Oberlandesgerichtsbezirk ihres Amtsbezirks angehört. In gleicher Weise ist es natürlich unstatthaft, daß z. B. ein württembergischer Notar in Bayern oder ein bayerischer Notar in Württemberg oder ein mecklenburgischer Notar in Preußen tätig wird.

Die Entfaltung einer Amtstätigkeit ist dabei nicht nur dann gegeben, wenn der Notar eine Urkunde außerhalb seines Amtsbezirks errichtet; sie liegt z. B. auch dann vor, wenn er außerhalb seines Amtsbezirks die Fertigung oder Anerkennung einer Unterschrift entgegennimmt, die Beglaubigung aber an seinem Amtssitz vollzieht.

2. Gebührenteilung zwischen Notar und Rechtsanwalt

Die Reichsnotarkammer hat in der Eröffnungssitzung am 8. März 1935 folgenden Beschluß gefaßt:

> Die Reichsnotarkammer erklärt jede Gebührenteilung eines Notars mit einem Rechtsanwalt für standeswidrig, nicht nur wenn die Teilung Entgelt dafür sein soll, daß der Anwalt dem Notar eine Beurkundung vermittelt, sondern insbesondere auch, wenn der Anwalt die Beurkundung vorbereitet oder die Urkunde entworfen hat (DNotZ. 1935, 268).

Zur Auslegung dieses Beschlusses weise ich auf folgendes hin: Die Gebühr des Notars ist Abgeltung für die Ausübung seiner Amtstätigkeit und für die Verantwortung, die er auf Grund dieser Amtstätigkeit übernimmt. Von der Erfüllung der Amtspflichten und der Haftung hierfür kann der Notar weder durch den Beteiligten noch dadurch entbunden werden, daß einer der Beteiligten seine Vertretung oder rechtliche Betreuung einem Rechtsanwalt überträgt. Deshalb befreit die Vorbereitung der Urkunde durch einen Rechtsanwalt den Notar auch nicht teilweise von seiner Pflicht zur Prüfung des rechtlichen und tatsächlichen Inhalts und von seiner Haftung für den Bestand der Urkunde. Die Amtspflichten des Notars sind vielmehr unteilbar, und das hat notwendig die Unteilbarkeit der Gebühren zur Folge. Aus diesen allgemeinen Ausführungen läßt sich unschwer die Lösung einzelner Zweifelsfragen herleiten:

Die Teilung der Gebühr für die amtliche Tätigkeit eines Notars mit einem Rechtsanwalt ist in keinem Fall statthaft, auch nicht, wenn der Rechtsanwalt und der Notar in einer Bürogemeinschaft stehen. Inhalt der Bürogemeinschaft ist nur die gemeinschaftliche Tragung der Bürounkosten nach festem Schlüssel. Statthaft bleibt die Teilung nur bei einem wirklichen Sozietätsverhältnis zwischen mehreren Notaren, mehreren Rechtsanwaltsnotaren oder zwischen Rechtsanwälten und Notaren. Denn auf Grund des Sozietätsverhältnisses wird nicht die für ein einzelnes Amtsgeschäft anfallende Gebühr geteilt, sondern das gesamte Einkommen eines längeren Zeitabschnittes nach einem bestimmten Schlüssel aufgeteilt.

Unstatthaft ist es auch, daß sämtliche Rechtsanwälte und Notare eines Ortes ein Abkommen über Gebührenteilung treffen. Das Verbot der Gebührenteilung hat zwar auch den Zweck, unlauteren Wettbewerb zwischen den Notaren eines Ortes zu verhindern; sein Hauptzweck aber ist die Bekämpfung der irrigen Auffassung, daß die Amtspflichten des Notars bei seinen Beurkundungen teilweise auf andere übertragen und von diesen geleistet und erfüllt werden können.

Auch wenn eine Gebührenteilung nicht stattfindet, geht es nicht an, daß der Notar eine von ihm aufgenommene Urkunde an einen Rechtsanwalt zur Weiterbearbeitung über-

sendet, von diesem etwa auch seine Kosten einziehen läßt. Nur wenn die Beteiligten die Weiterbehandlung durch einen von ihnen zu bezeichnenden Rechtsanwalt wünschen, ist ein solches Verfahren statthaft. Da es sich bei der Weiterbehandlung vielfach um vom Notar gebührenfrei vorzunehmende Nebengeschäfte (z. B. Vorlage an das GBA.) handelt, würde der Notar bei solchem Vorgehen für die vom Rechtsanwalt für die Entfaltung dessen Tätigkeit erhobenen Gebühren ersatzpflichtig sein. Darüber hinaus könnte ihn, je nach den Umständen des Falles, auch die Haftung für eine unrichtige Sachbehandlung durch den Anwalt treffen.

3. Keine Beurkundungstätigkeit durch den Syndikusnotar für die von ihm als Syndikus betreute Gesellschaft

Das Ges. zur Änderung der RAO. v. 20. Dez. 1934 (RGBl. I, 258) hat dem § 31 RAO. als Abs. 2 die Bestimmung angefügt, daß der Anwalt in allen Prozeßverfahren seine Berufstätigkeit als Prozeßbevollmächtigter zu versagen hat, wenn er zu einem Auftraggeber in einem ständigen Dienst- oder ähnlichem ständigen Geschäftsverhältnis steht. Der amtlichen Begründung zu diesem Gesetz (DJ. 1935, 6) ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber eine Gefahr darin gesehen hat, Syndizi, Direktoren oder Vorstände von Gesellschaften auf Grund ihres Dienstvertrages oder eines ähnlichen ständigen Geschäftsverhältnisses auch in ihrer anwaltlichen Tätigkeit in ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis zu ihren Dienstherren geraten zu lassen. Für die Beurkundungstätigkeit eines Notars muß einer solchen Gefahr um so mehr begegnet werden, als er nicht der Vertreter einer Partei, sondern die unabhängige Amtsperson ist, welche die Interessen aller Beteiligten in gleicher Weise wahrzunehmen hat. Aus dieser Erwägung hat die Reichsnotarkammer eine Lücke darin erblickt, daß die gesetzlichen Ausschließungsgründe das Bestehen eines Dienstverhältnisses oder eines sonstigen auf Vertrag beruhenden Abhängigkeitsverhältnisses als Ausschließungsgrund für die Tätigkeit als Notar nicht aufzählen. Zwar ist wegen der allgemeinen Berufspflichten ein solches Abhängigkeitsverhältnis von der Mehrzahl der Notare schon immer als Hindernis für die Entfaltung amtlicher Tätigkeit angesehen worden. Trotzdem blieben hier Zweifel offen. Diese hat die Reichsnotarkammer durch ihren am 8. März 1935 gefaßten Beschluß ausgeräumt. Der Beschluß lautet:

> Der Notar hat seine amtliche Tätigkeit zu versagen, wenn er zu einem Geschäftsbeteiligten in einem dauernden privatrechtlichen Dienstverhältnis oder in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, auf Grund dessen er den Weisungen des Auftraggebers nachzukommen verpflichtet ist (DNotZ. 1935, 268).

Der Beschluß entspringt einer Anregung der Reichsrechtsanwaltskammer und bringt insoweit auch deren Rechtsauffassung über die Berufspflichten der Notare zum Ausdruck.

Wenn in dem Beschluß der Reichsnotarkammer von Geschäftsbeteiligten die Rede ist, so deckt sich der hiermit bezeichnete Personenkreis nicht mit dem „Beteiligten" im Sinne von § 168 Satz 2 RFGG. Unter Geschäftsbeteiligten sind vielmehr alle Personen zu verstehen, die am rechtlichen Erfolg der Beurkundung teilnehmen, auch wenn die formelle Beurkundung sich auf ihre Erklärungen nicht erstreckt. Hiernach sind insbesondere auch Hypotheken- und Grundschuldgläubiger in allen Fällen Geschäftsbeteiligte, ohne daß es darauf ankommt, ob die Beurkundung auf ihren Antrag vorgenommen wird, ob sie bei der Beurkundung mit anwesend sind, oder ob sie eine Erklärung mitbeurkunden lassen.

Auf die Anfrage eines Notars hat der Präsident des LG. Berlin in Übereinstimmung mit diesen Ausführungen erklärt, daß er die Beurkundung von Grundstücksbelastungen zugunsten einer Bank durch den bei der Bank als Syndikus angestellten Notar oder auch durch den für diesen bestellten Notarvertreter für unzulässig erachte und die sich hieraus ergebenden Folgen bei der Ausübung seiner Dienstaufsicht ziehen werde (DNotZ. 1935, 522).

Der Syndikus-Rechtsanwalt

I. Vorbemerkung der Schriftleitung

Der nachstehende Aufsatz wird veröffentlicht, um einerseits die Gruppe der Syndizi-Anwälte ohne jede Schmälerung zu Wort kommen zu lassen, andererseits aber die freie Anwaltschaft anzuregen, im Rahmen der durch die RAO. gezogenen Grenzen mehr als bisher aus der Stellung des Streit-Anwalts in die Stellung des ständig beratenden, dem Streit vorbeugenden Haus- und Firmen-Anwalts, also in eine Syndikus-Tätigkeit im besten Sinne des Wortes hineinzuwachsen. —

Zu der in dem Aufsatz geäußerten Meinung, daß zwischen dem Willkommens-Gruß des Reichsfachgruppenleiters (jetzigen Stellvertreters des Reichs-Juristenführers) Rechtsanwalt Dr. Raeke in Heft 51/52 von 1934 und den Ausführungen des Rechtsanwalts Dr. Droege in Heft 16/17 von 1935 ein Gegensatz bestehe, hat sich Dr. Droege auf Anfrage wie folgt geäußert:

Von einem solchen Gegensatz kann keine Rede sein. Vielmehr ist der folgende Werdegang festzustellen:

Im Jahre 1934 hat der EGH., wie auch Dr. Tornier in seinem Aufsatz erwähnt, im Gegensatz zu seiner bisherigen Rechtsprechung in zwei Fällen entschieden, daß die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft einem Syndikus aus dem Gesichtspunkt der Unvereinbarkeit beider Berufe zu versagen sei (§ 5 Ziff. 4 RAO. a. F.; § 5 Ziff. 6 n. F.). In dem Zeitpunkt, als diese Entscheidungen ergingen, bestand die Novelle v. 20. Dez. 1934 noch nicht. Die Entscheidungen berührten also die Lage der bereits zugelassenen Syndikusanwälte nicht, da § 21 Ziff. 3 a. F. nicht vorsah, daß die Zulassung zurückgenommen werden muß, wenn sich nach der Zulassung ergibt, daß die Voraussetzungen des § 5 Ziff. 4 a. F. vorliegen. Dagegen sah § 21a der Novelle vor, wie dies mittlerweile auch Gesetz geworden ist, daß die Zulassung zurückzunehmen ist, wenn sich nachträglich herausstellt, daß nach § 5 Ziff. 6 (n. F.) nicht hätte zugelassen werden dürfen. Wäre diese Bestimmung ohne ein Korrektiv Gesetz geworden, so hätte das zur Folge gehabt, daß in Verfolg der maßgeblich gewordenen Rechtsprechung des EGH. die Zulassung aller Rechtsanwaltssyndizi hätte zurückgenommen werden müssen. Auf entsprechende berechtigte Vorstellungen dieser Gruppe von Rechtsanwälten ist dann der § 31 Abs. 2 aufgenommen worden, wonach der Rechtsanwalt seine Berufstätigkeit als Prozeßbevollmächtigter zu versagen hat, wenn er zu seinem Auftraggeber in einem ständigen Dienst- oder einem ähnlichen ständigen Geschäftsverhältnis steht. Dies bedeutet praktisch, daß für die bereits zugelassenen Anwaltssyndizi an Stelle der Zurücknahme der Zulassung eine vorstehend gekennzeichnete Einschränkung ihrer Berufstätigkeit vorgesehen wurde.

In der Praxis stellte sich dann alsbald heraus, daß Syndizi, welche sich neu um die Zulassung bewarben, sich nunmehr auf § 31 Abs. 2 beriefen, also diese Bestimmung benutzen wollten, um die in der Rechtsprechung des EGH. niedergelegte Auffassung wieder umzustoßen. Da diese an sich

durchaus verständlichen Bemühungen dem Gesichtspunkt, aus dem heraus vor Erlaß der Novelle mit den zugelassenen Anwaltsyndizi eine Verständigung gefunden war, nicht entsprachen, ist auf der Reichsfachgruppenratstagung am 29. u. 30. März 1935 beschlossen worden, dahin zu wirken, daß die vom EGH. bereits zweimal ausgesprochene Unvereinbarkeit des Syndikusberufes und des Anwaltsberufes im Gesetz niedergelegt werden möge, um damit jeden Zweifel darüber auszuschließen, daß eine ausdehnende Auslegung des § 31 Abs. 2 über seinen gesetzgeberisch gedachten Rahmen hinaus nicht in Frage kommen könne. Wenn ich mich hinsichtlich der künftigen Behandlung der zugelassenen Syndizirechtsanwälte vorsichtig ausgedrückt habe, indem ich dem Wunsch Ausdruck gab, daß es bei der bisherigen Handhabung bleiben möge, so deshalb, weil rein theoretisch gesehen, aus der Verbindung von § 5 Ziff. 6 n. F. und § 21a n. F. die nachträgliche Zurücknahme der Zulassung möglich ist und bleibt, während ich in voller Übereinstimmung mit Herrn Dr. Raeke der Auffassung bin, daß praktisch gesprochen die im § 31 Abs. 2 getroffene Regelung hinsichtlich der bereits zugelassenen Anwaltsyndizi vollkommen ausreicht.

II. Von Rechtsanwalt Dr. Kurt Tornier, Berlin

In den Veröffentlichungen der letzten Zeit über die Notlage des Anwaltstandes ist zur Behebung der Not und zur Herbeiführung eines gesunden wirtschaftlichen Fundamentes für die deutsche Rechtsanwaltschaft neben weittragenden Eingriffen in einer Nebenforderung die Beseitigung der Syndizi-Rechtsanwälte aus der Rechtsanwaltschaft wiederholt gefordert worden. Diese Fragestellung ist grundsätzlich nicht ganz neu. Im Laufe der Nachkriegsjahre ist sie verschiedentlich aufgetaucht und wieder verschwunden. Die Anwaltskammer Berlin hat dabei im allgemeinen als Ruferin im Streit gegen die Syndizi-Anwälte gestanden. Vorweg ist zu bemerken, daß das Schlagwort „Syndikus-Anwalt" im Wortlaut nur einen Teil der mit diesem Begriff bezeichneten Rechtsanwälte umfaßt. Denn es handelt sich ja um die Vielzahl von rechtsgeschulten Personen, die im Wirtschaftsleben ihre Betätigung als Direktor, als Geschäftsführer und auch als Syndikus finden. Der ObEGH. in Leipzig (jetzt in Berlin) hat sich der Anschauung der Anwaltskammer in Berlin indes nicht angeschlossen. Erst im Herbst 1934 sind zwei — vom Standpunkt des nicht freien Rechtsanwalts gesehen — Entscheidungen nicht günstigen Inhalts der Öffentlichkeit bekannt geworden. Soweit zu diesem Spezialproblem Meinungsäußerungen in der Öffentlichkeit laut geworden sind, sind sie ausnahmslos von seiten der Vertreter der freien Rechtsanwaltschaft gekommen und haben sich mehr oder minder stark für eine Ausschaltung der Syndizi-Anwälte aus der Rechtsanwaltschaft ausgesprochen. Neben gewissen prinzipiellen Erwägungen waren dafür im Kern wirtschaftliche Motive maßgebend, wie sie jetzt sich in der Generaldiskussion zur Notlage der Rechtsanwälte wiederholen. Die wirtschaftlichen Motive fanden und finden ihren Ursprung in dem Gedanken, daß das Arbeitsgebiet der freien Rechtsanwaltschaft durch die Tätigkeit der Syndizi-Rechtsanwälte verkleinert und verengt wird. Die prinzipiellen Gesichtspunkte finden ihre Stütze in der Argumentation, daß durch die Bindung des Syndikus an seine Firma oder den Verband die freie Rechtswahrung gehemmt ist.

Nach dem Grundsatz audiatur et altera pars wird es richtig erscheinen, die Gegenüberlegung vom Standpunkt der Syndizi-Anwälte einer weiteren Öffentlichkeit zur Kritik zugänglich zu machen. Es soll damit zugleich das allmählich sonst sich verbreitende Gefühl beseitigt werden, daß die andere Seite ihren Standpunkt nicht gut glaubt, offen darlegen zu können.

Nach der RAO. v. 1. Juli 1878 in der heut geltenden Fassung sind als einschlägige Zulassungsverweigerungsgründe zur Rechtsanwaltschaft bzw. als Ausschlußgründe zur Rechtsanwaltschaft in § 5 Nr. 5 und 6 folgende Bestimmungen vorgesehen:

> Nach § 5 Nr. 5 muß die Zulassung versagt werden, wenn mit Rücksicht auf die Verhältnisse des Antragstellers und die Art seiner Wirtschaftsführung durch seine Zulassung die Belange der Rechtsuchenden gefährdet werden würden.
>
> Nach § 5 Nr. 6 muß ebenso die Zulassung versagt werden, wenn der Antragsteller ein Amt bekleidet oder eine Beschäftigung betreibt, die mit dem Beruf des Rechtsanwalts nicht vereinbar sind, oder wenn er einer Tätigkeit nachgeht, die der Würde der Anwaltschaft widerspricht.

Auf den Inhalt dieser beiden zitierten Bestimmungen pflegen Entscheidungen und Gutachten der Rechtsanwaltskammern oder Äußerungen aus der freien Rechtsanwaltschaft gestützt zu werden, wenn sie die Tätigkeit eines Syndikus oder eines Aktiengesellschaft-Direktors als einen Zulassungsverweigerungsgrund zur Rechtsanwaltschaft ansprechen. Nach den höchstrichterlichen Entscheidungen war es — mindestens bis zum Jahre 1934 — ständige Rechtsprechung, daß die reguläre Syndikustätigkeit, wie die eines Direktors einer Aktiengesellschaft, eines Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder die eines Prokuristen einer Handelsgesellschaft oder eines Geschäftsführers oder Syndikus eines Verbandes mit dem Beruf des Rechtsanwalts vereinbar ist. Daß eine solche Tätigkeit mit der Würde eines Anwalts vereinbar ist, wird nicht gut zweifelhaft sein können. Kann eine solche Lebensstellung sich mit dem Beruf des Rechtsanwalts in Widerspruch setzen? Nach dem Sinn der gesetzlichen Bestimmung wird nur die Reinerhaltung der Rechtsanwaltschaft von Kräften unterstellt werden können, die sich mit einer Beschäftigung oder einer Tätigkeit befassen, die nicht dem Gedanken und der Entwicklung des Rechtslebens im weiteren Sinne dient, ja — wie z. B. die eines Rechtskonsulenten — ihr leicht entgegenzuarbeiten geeignet sein kann. Die vollkommene Reibungslosigkeit in Praxis und Rechtsprechung durch viele Jahrzehnte der Geltung der RAO. stellt diesen Ausgangspunkt unter Beweis. Erst nach dem Kriege haben die Diskussionen eingesetzt. Es wird dies mit der stärkeren wirtschaftlichen Organisation in Deutschland, der zunehmenden Bedeutung von Steuer- und Arbeitsrecht in unserem Wirtschaftsleben zusammenhängen, die die Zahl der wirtschaftsrechtlich im weiteren Sinne Kundigen in der Wirtschaft ungleich verstärkten. Diese Entwicklung hat die Folge mit sich gebracht, daß immer mehr freie Rechtsanwälte zu Rechtsanwälten mit festen Verträgen wurden, daß ihre Tätigkeit ausschließlich für ein Unternehmen oder einen Verband in Anspruch genommen wurde. Der Beruf eines solchen Rechtsanwalts ist ja nicht um seiner selbst willen da, sondern er ist durch die Erfordernisse der Wirtschaft geschaffen worden. In analoger Weise hat auch bei der freien Rechtsanwaltschaft die Beratungstätigkeit vor der rein prozessualen stark an Boden gewonnen. Mit beiden Erscheinungsformen wird nicht zuletzt die allmähliche Erfüllung eines wahrhaft nationalsozialistischen Grundsatzes zu erblicken sein, nach dem die Rechtswahrung vor den Rechtsstreit gesetzt wird.

Dieser Entwicklung hat das Ges. zur Änderung der RAO. v. 20. Dez. 1934 in mittelbarer Form Rechnung getragen. Es ist zu § 31 Abs. 2 RAO. eine Ergänzung geschaffen, nach der

> „in bürgerlichen Streitverfahren, einschließlich schiedsrichterlicher Verfahren, in Strafsachen und in verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Rechtsanwalt ferner seine Berufstätigkeit als Prozeßbevollmächtigter zu versagen hat, wenn er zu seinem Auftraggeber in einem ständigen Dienst- oder ähnlichen ständigen Geschäftsverhältnis steht."

Diese Bestimmung ergibt nach ihrer positiven Form klar die Untersagung der Prozeßtätigkeit für ihre Auftraggeber auf den genannten Gebieten zu Lasten der gebundenen Anwälte. Es sind dabei nicht alle gerichtlichen Tätigkeiten untersagt worden, sondern nur der bestimmte, klar umrissene Kreis von Geschäften, der das wirtschaftlich gesprochene Konkurrenzgebiet zur freien Rechtsanwaltschaft darstellt. Gleichzeitig

geht aber die Bestimmung von der Tatsache aus, daß solche vertraglich gebundenen Persönlichkeiten Rechtsanwälte sein können. Ihre Berechtigung, der Rechtsanwaltschaft anzugehören, wird damit implicite durch das Ergänzungsgesetz anerkannt. Der herzliche Willkommensgruß von Dr. Walter Raeke, Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwälte, in JW. 1934 Heft 51/52 an die Syndizi-Rechtsanwälte nach Erlaß des Ergänzungsgesetzes ist deshalb auch von ihrer Seite mit ebenso herzlichem Dank begrüßt worden, in dem Gefühl, daß nunmehr die bis dahin bestehende Disharmonie endgültig ausgeräumt worden ist. Um so unerwarteter kamen die Ausführungen von Dr. H. Droege in JW. 1935 Heft 16/17, die wiederum von der These der Unvereinbarkeit des Rechtsanwaltsberufes mit einer Syndikustätigkeit ausgingen. Der daran angeschlossene persönliche Wunsch des Verfassers zur Belassung der bereits zugelassenen Syndizi-Anwälte in der Rechtsanwaltschaft mildert zwar die praktische Seite und trägt dem Prinzip der Wahrung wohlerworbener Rechte Rechnung, ändert aber an der Grundsätzlichkeit der These nichts.

Die wirtschaftliche Notlage der Rechtsanwaltschaft hier irgendwie zu untersuchen, kann und ist nicht Aufgabe und Ziel dieser Zeilen. Eins aber wird mit Freimut gesagt werden können, daß nämlich an der wirtschaftlichen Lage der freien Anwaltschaft durch die Ausscheidung der Rechtsanwälte mit festen Verträgen praktisch nicht das Mindeste sich ändern kann. War bisher — d. h. vor dem Ges. v. Dez. 1934 — eine Hoffnung nach dieser Richtung hin gegeben, indem eine Betätigung der Syndizi im Prozeßverkehr zum Nachteil der freien Rechtsanwälte gemutmaßt werden konnte, so ist diese Möglichkeit mit der genannten Gesetzesbestimmung ausgeschaltet. In Zukunft kann ein Prozeß einer Firma oder eines Verbandes, soweit der Prozeß eine Rechtsanwaltsvertretung braucht, nicht mehr durch Übertragung des Prozesses an den Syndikus der freien Rechtsanwaltschaft verloren gehen. Daß auch vorher, d. h. vor dem Ges. von 1934 diese Beeinträchtigung nur in ganz verschwindendem Maße bestanden hat, ist schon damals von Kennern der Verhältnisse behauptet worden. Durch die Zeit, die seit Inkrafttreten des Gesetzes vergangen ist und die offensichtlich eine Verbesserung der Verhältnisse für die freie Anwaltschaft bedauerlicherweise nicht gebracht hat, ist diese Annahme zu ihrem Teil bekräftigt worden. Die spätere Möglichkeit der Betätigung als freier Rechtsanwalt, wenn die Bindung fortgefallen ist, hat hierbei grundsätzlich außer acht zu bleiben. Sie ist gleichzusetzen der späteren Rechtsanwaltstätigkeit der gegenwärtigen Referendare oder Gerichtsassessoren. Daß die Syndizi-Rechtsanwälte umgekehrt durch ihre Gesamt-Anwaltskammerbeiträge mittelbar nicht unerhebliche Beträge für die Rechtsanwaltschaft leisten, mag als notwendiger Vervollständigungsüberblick zur wirtschaftlichen Lage erwähnt werden.

Die Würde und der Beruf des Rechtsanwalts wird prinzipiell nach dem bisherigen Gesetzesaufbau nicht der Betätigung des Anwalts auf anderen Gebieten als dem prozessualen entgegenstehen. Es wird dies am besten praktisch gekennzeichnet durch die Erwähnung des literarisch sich betätigenden Anwalts, des Branchenanwalts, des Vermögensverwaltungsanwalts, des Prozeßanwalts und des rein beratenden Anwalts. Der Anwalt, der sich auf eine Beratungstätigkeit spezialisiert — wie u. a. die Anwälte, die ausschließlich als Spezialisten in Strafsachen auftreten — wird bei dem Gericht, bei dem er zugelassen ist, keine nennenswerte sonstige Praxis mehr aufnehmen können. Unendlich vielgestaltig ist das Gebiet des Rechts- und Wirtschaftslebens und ebenso vielgestaltig die Tätigkeit des hier Wege und Regeln suchenden und beratenden Rechtsanwalts. Die Bindung des Syndikus oder des Aktiengesellschaft-Direktors an einen Auftraggeber wird prinzipiell nicht gut verschieden beurteilt werden können von der Bindung eines Rechtsanwalts, der nur einen oder einige wenige Auftraggeber hat. Wenn ein Rechtsanwalt z. B. der bevorzugte Rechtsvertreter einer häufig Regreßprozessen ausgesetzten Behörde ist, z. B. der Eisenbahn- oder Postverwaltung, so ist er nicht in der Lage, noch Mandate von anderen Personen entgegenzunehmen. Er wird, um seinen ständigen Auftraggeber nicht an andere Kollegen verweisen zu müssen, die Mandate von Dritten ablehnen müssen. Ja, die Stellung des Syndikus-Rechtsanwalts wird auch prinzipiell in nichts unterschieden werden können von dem Rechtsanwalt, der eine vielgestaltige Praxis mit vielfachen Auftraggebern hat. Ein jedes Mal wird ein Auftraggeber da sein, für den der Rechtsanwalt sich einzusetzen hat, für den er im Rahmen der Rechtsordnung und durch sein Pflichtgefühl und sein Gewissen geläutert und begrenzt seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt. Auch er wird nicht selten durch Inanspruchnahme eines umfangreichen Mandats an der Übernahme eines sonst an ihn herangetragenen Rechtsanwaltsauftrags gehindert sein. Nicht anders ist es und kann es prinzipiell mit der Tätigkeit des in einem festen Vertragsverhältnis stehenden Rechtsanwalts sein. Auch er hat sich selbstverständlich für seinen Auftraggeber einzusetzen, aber auch er hat die Rechtsordnung zu achten und ist an sein Pflichtgefühl und sein Verantwortungsbewußtsein bei der Innehaltung der Grenzen in seiner Tätigkeit gebunden. Genau wie bei dem freien Rechtsanwalt wird auch er durch die Disziplinarbefugnisse der Rechtsanwaltskammer überwacht. Im Sinne dieser besonderen Ehrengerichtsordnung der Rechtsanwaltschaft, die von der hohen Warte der Ordnung und Reinerhaltung des deutschen Rechtslebens ihren Ausgang genommen hat, wird eine einheitliche Zusammenfassung der für die Wahrung des deutschen Rechtslebens Verantwortlichen angezeigt sein. Neben dem Richter und Staatsbeamten, der auf seiten der Rechtsprechung und Exekutive für das Rechtsleben verantwortlich ist, stehen auf der anderen Seite die Rechtskundigen, die Rechtsberatenden und die am Rechtsgedanken Arbeitenden. Für alle diese, soweit sie durch die juristische Vorbereitung und die beiden Staatsexamen geschult und diszipliniert sind, ist angesichts der hohen Bedeutung des Rechts die besondere Gestaltung der Rechtsanwaltschaft und der Ausbau der Disziplinar- und Ehrengerichtsordnung geschaffen. Bei dieser Ordnung liegt der Tenor auf dem ethischen Moment, d. h. auf der Wahrung und Erhaltung der besten Rechtswahrung durch Disziplinarunterwerfung der ausübenden Personen unter eine feste Ehrengerichtsbarkeit. Von solchen Gesichtspunkten aus gesehen wird der Kreis der ihr Unterworfenen nicht ausschnittsweise nach bestimmten engeren Berufsmerkmalen gezogen werden dürfen. Die Kompliziertheit der Technisierung und der Organisierung unseres Wirtschaftslebens hat die einzelnen Disziplinen unseres Rechtslebens viel enger und viel stärker mit jedem einzelnen Wirtschaftsfaktor in Verbindung gebracht, als es früher der Fall war. Dies hat die direkte Einschaltung der abschließend gebildeten Rechtskundigen in den jeweiligen Wirtschaftssektor mit sich gebracht. Damit Hand in Hand geht ein stärkeres Übergehen der Rechtsfindung, ja der Rechtsgestaltung an den gebundenen Teil der Rechtswahrer. Es ist das eine rein soziologische Betrachtung fern und frei von jeder polemischen Auseinandersetzung zwischen einem Teil der Rechtsanwaltschaft und dem andern. Dieser Entwicklung entgegenzuarbeiten kann und ist auch nicht die Absicht bei den Erörterungen um die Zugehörigkeit zur Rechtsanwaltschaft. Das Problem der Zugehörigkeit zur Rechtsanwaltschaft wird man aber in diesem Zusammenhang sehen und prüfen müssen. Einschneidende Maßnahmen müßten weit über das gegenwärtig zur Debatte stehende wirtschaftliche Problem der Notlage des Anwaltstandes hinausgehen.

Daß solche Maßnahmen gegebenenfalls das wirtschaftliche Problem nicht lösen würden, ist eingangs bei der Behandlung der Auswirkungen der Beibehaltung oder der Ausschaltung der Syndizi-Rechtsanwaltschaft aus der Anwaltschaft dargetan.

Aus dem BNSDJ. und der Deutschen Rechtsfront

Reichsparteitag

Im Rahmen des diesjährigen Reichsparteitages der NSDAP. vom 10. bis 16. Sept. 1935 findet am Freitag, den 13. September 1935, vormittags 9 Uhr, im großen Saal des Kulturvereins zu Nürnberg eine „Kundgebung des Reichsrechtsamtes der NSDAP. und des BNSDJ." statt.

In einer Bekanntmachung vom 19. Juli 1935, die in dem der Zeitschrift „Deutsches Recht" beigefügten Mitteilungsblatt des BNSDJ. und des Reichsrechtamtes der NSDAP., Ausgabe August 1935, veröffentlicht ist, weist der Reichsgeschäftsführer darauf hin, daß die gesamte Vorbereitung der vorbezeichneten Veranstaltung durch das Reichsrechtsamt der NSDAP. erfolgt. Der Schriftverkehr der BNSDJ.-Dienststellen in Sachen des Reichsparteitages ist ausschließlich an die Reichsgeschäftsstelle des BNSDJ. zu richten, welche ihn erforderlichenfalls an die zuständigen Dienststellen weiterleitet.

Diejenigen Parteigenossen im BNSDJ., welche am Parteitag teilzunehmen beabsichtigen, haben sich grundsätzlich nur bei den zuständigen Dienststellen der NSDAP. anzumelden, welche für Beförderung, Verpflegung, Quartier usw. ausschließlich verantwortlich sind und die gemeinsame Hinfahrt in Sonderzügen, die gemeinsame Unterbringung in Massenquartieren usw. organisieren.

Versendung und Veröffentlichung von Anordnungen und Rundschreiben

Ab 1. Aug. 1935 werden Anordnungen und Rundschreiben der Reichsführung des BNSDJ. fortlaufend im „Informationsdienst" durch das Organisationsamt der Reichsgeschäftsstelle veröffentlicht. Soweit sich diese Verlautbarungen an alle Mitglieder des BNSDJ. und der Deutschen Rechtsfront wenden, erscheinen sie außerdem in dem als Beilage zum „Deutschen Recht" herausgegebenen „Mitteilungsblatt" des BNSDJ. und des Reichsrechtsamtes der NSDAP.

(Aus dem der Zeitschrift „Deutsches Recht" beigefügten Mitteilungsblatt des BNSDJ. und des Reichsrechtsamts der NSDAP., Ausgabe August 1935.)

Schrifttum

Dr. **Hans Frank**, Reichsminister und Reichsleiter des Reichsrechtsamts der NSDAP.: **Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung.** München 1935. Zentralverlag der NSDAP., Franz Eher Nachf. Preis Leinen 28,50 *RM*, Halbleder 34,50 *RM*. — Besprechung der Abschnitte „Nationalsozialistische Grundideen über Recht und Staat" (S. 3 ff.), „Völkerrecht" (S. 99 ff.), „Staatsrecht" (S. 331 ff.) und „Verwaltungsrecht" (S. 473 ff.).

„Das vorliegende Handbuch soll den Ernst beweisen, mit dem der Nationalsozialismus seiner geschichtlich gigantischen Aufgabe gerecht werden will, dem gesamten deutschen Rechtsleben neuen Inhalt und ausgeglichene schöpferische Gestalt zu geben." Mit diesen Worten gibt der Herausgeber, Reichsminister Dr. Frank, der ersten parteiamtlichen Enzyklopädie der gesamten nationalsozialistischen Rechtsgestaltung im „Vorwort" zu ihrem Erscheinen das Geleit.

Diese Worte erwecken begreiflicherweise Erwartungen! Es ist verständlich, daß wir in einem Werke, an dessen Entstehung mehr als hundert hervorragende Juristen mitgearbeitet haben, nicht nur eine Fundgrube reichen Wissens, sondern auch eine Auflichtung der grundlegenden weltanschaulichen Positionen des Nationalsozialismus erwarten. Zu dieser Erwartung ist der Leser um so mehr berechtigt, als Dr. Frank selbst (a. a. O.) der Zuversicht Ausdruck gibt, daß dieses Handbuch zu einem „Bekenntnisbuch ernster Forscher und wertvoller Kämpfer auf dem Gebiet der nationalsozialistischen Rechtsentwicklung" geworden sei.

Wer mit dieser Erwartung und in geistiger Bereitschaft an das vorliegende Werk herangeht, wird nicht enttäuscht sein. Das Buch ist ein Born des Wissens und ein Quell grundsätzlicher Erkenntnis!

In einer knapp gefaßten, aber inhaltsreichen „Einleitung" entwickelt Reichsminister Dr. Frank die „Grundsätze des nationalsozialistischen Rechtsdenkens und Rechtswollens". Er geht davon aus, daß die Wiedergeburt des deutschen Volkes „in den soldatisch-heroischen Stimmungen des Krieges" ihren Ursprung genommen und schließlich im Nationalsozialismus „die weltanschauliche Einheitsbasis des gesamten deutschen Lebens" gefunden habe. Auf dieser Grundlage müsse „die Sicherung des deutschen Volkes in einem nationalsozialistischen Rechtsstaat, aufgebaut auf dem Führergedanken", in Angriff genommen und „die Zurückführung deutschen Geistes in das Recht" vollzogen werden. Dieses Recht ist für den Nationalsozialismus nicht ein positives Gesetz von Normen, sondern „die Funktion einer Kraft, das Spiegelbild eines bestimmten Kulturwillens und der Kulturhöhe eines Volkes". In diesen Worten des Reichsministers Dr. Frank spürt man mit Deutlichkeit den Hauch der neuen Zeit. Es wird deutlich, daß die Rechtsidee nach nationalsozialistischer Auffassung nicht nur formal sein kann, sondern auch eine substantielle, wertbetonte Seite haben muß. Dieser Wert wird vom Nationalsozialismus in der Gemeinschaft erblickt, die als „konkrete" Gemeinschaft (Höhn, „Der Führerbegriff im Staatsrecht": Deutsches Recht 1935, 296 ff.) in dem in Blut und Boden verwurzelten Volkstum gegeben ist. So wird die Rechtskultur eines Volkes als die sittliche Emanation des Volkstums erkannt; das aus der Rassenseele geborene Recht bedeutet „eine ewige Bindung der Nation an die ihr eigenen Werte" (so treffend in den Begrüßungsworten der Reichsstände für die Zeitschrift der „Akademie für Deutsches Recht" in deren Erstlingsnummer v. 26. Mai 1934 S. 8). Der innere Sinn des Rechtes und zugleich der Grund seiner Verbindlichkeit liegt in seiner wesensmäßigen Aufgabe beschlossen, ein Schutz der „Substanzwerte des Volkes" zu sein. Diesen grundsätzlichen Darlegungen läßt Reichsminister Dr. Frank sodann einen kurzen Überblick über die Gesetzgebung vom Zeitpunkt der nationalsozialistischen Revolution folgen, um alsdann den Mitarbeitern des „Handbuchs" das Wort zu geben.

Den Reigen der zahlreichen und vortrefflichen Beiträge, die hier naturgemäß nicht sämtlich gesondert gewürdigt werden können, eröffnet eine Abhandlung von Prof. Carl Schmitt „Der Rechtsstaat" (S. 3—10). In dieser anregend geschriebenen und gründlichen Studie variiert Schmitt den Gegenstand seiner Rede auf der Kölner Gautagung des NS.-Juristenbundes (abgedr. JW. 1934, 713 ff.). Nach einem einleitenden Überblick über Herkunft und Entstehung des Wortes und des Begriffs „Rechtsstaat" prüft Schmitt die verschiedenen Seiten des Rechtsstaat-Begriffs. Dabei unterscheidet er den „Rechtsstaat als polemisch-politischen Begriff" und als „rechtsphilosophischen Begriff". Trotz starker Bedenken gegen die „hundertjährige Problematik des Begriffes ‚Rechtsstaat'" (S. 7) erklärt er sich mit der Beibehaltung des „problematischen Wortes Rechtsstaat" (S. 10) angesichts des Gebrauchs dieses Wortes durch Männer wie Reichsminister Dr. Frick, Reichsminister Dr. Frank, Staatssekretär Dr. Lammers usw. einverstanden; er hält es jedoch für erforderlich, daß der konkrete Inhalt dieses sinnvariierenden Wortes durch deutliche Beiworte klargestellt wird, indem man nicht schlechthin vom „Rechtsstaat", sondern am besten nach dem Vorbild von Dr. Frank vom „deutschen Rechtsstaat Adolf Hitlers" spreche (S. 10). Schmitt hat zu diesem Problem in jüngster Zeit erneut Stellung genommen. In einem Aufsatz „Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat" (ZStaatsW. 95, 189 ff.) dürfte er seinen Standpunkt zu dieser Frage wohl abschließend präzisiert haben. Schmitt bezeichnet hier den Rechtsstaat als den „Gegenbegriff gegen einen unmittelbar gerechten Staat", als einen Staat, „der ‚feste Normierungen' zwischen sich und die unmittelbare Gerechtigkeit des Einzelfalles einfügt" (Schmitt a. a. O. S. 190). Es kann hier dahingestellt bleiben, ob diese Statuierung „fester Normierungen" wirklich nur dem vielgeschmähten „bürgerlichen Sekuritätsbedürfnis" entspringt; nur beiläufig soll darauf hingewiesen werden, daß Dr. Frank erst kürzlich in Königsberg die Rechtssicherheit als „erste große Voraussetzung des Staatsaufbaues" bezeichnet und die einsichtigen Worte hinzugefügt hat: „Diese (sc. die Rechtssicher-

heit) ist der Inbegriff alles dessen, was den einzelnen Bürger im Volksganzen bewegt. Dieser will ja sein Leben aufbauen, sein eigenes Glück zimmern, will für seine Familie arbeiten und will in dieser ersten Zelle der völkischen Gemeinschaft den Schutz des Staates und seines Rechtes haben. Es ist ältestes germanisches Rechtsgut, daß in dieser Sphäre des einzelnen die Rechtssicherheit zu Hause ist" (JW. 1935, 1757). Man werfe nicht ein, daß die rassische Homogenität auch ohne feste Normierungen diese Rechtssicherheit gewährleiste. Da es nämlich unbestreitbar und anerkannt ist, daß trotz rassischer Homogenität innerhalb der einheitlichen Rassenseele noch immer eine bestimmte „Schwankungsbreite" individueller Auffassungen und Empfindungen vorhanden ist, bedarf es auch für die Angehörigen gleicher Rasse in Zweifelsfällen eines verbindlichen Richtmaßes. Dieser sozialen Erfahrung verdankt das Wort „Rechtsstaat" seine ungewöhnliche Vitalität. Wenn ihm der richtige Inhalt gegeben wird (vgl. Reuß: JW. 1933, 2946), ist seine Beibehaltung nicht nur unbedenklich, sondern geradezu erwünscht. Es dürfte nämlich als erwiesen gelten, daß dieses Wort mit einem werbenden Fluidum, mit einer suggestiven Atmosphäre umgeben ist und allgemein offene oder geheime Sympathien weckt. Was hindert daran, dieses affektgeladene Wort als Bezeichnung für einen neuen Sachverhalt zu übernehmen, um auf diese Weise die suggestive Werbekraft des Wortes auf den neuen Sachverhalt hinüberstrahlen zu lassen und ihm so die affektbetonte, erlebnismäßige Verbundenheit des Volkes zu sichern? Der geistigen Schmuggelgefahr, die mit der Übernahme eines traditionsbeschwerten Wortes verknüpft ist, kann wachsam vorgebeugt werden; man braucht nur während der Übergangszeit darüber zu wachen, daß die stillen Feinde der neuen Zeit das überkommene Wort nicht als ein Vehikel zum Einschmuggeln geistiger Konterbande mißbrauchen. Nur derjenige, der grundsätzlich an der völligen Wandelbarkeit der Begriffe zweifelt, muß hier einen prinzipiellen Widerspruch erheben. Dies würde etwa für Heckel gelten, der die Ansicht vertritt: „Begriffe tragen ihre Geschichtsmächtigkeit in sich. Man kann sie nicht im Munde führen, ohne sich der Gewalt ihres Geistes zu beugen. Sie lassen sich abwandeln, umdeuten, mit anderen Ideen verbinden. Aber sie geben sich nicht auf. Bei allem Wechsel behauptet sich ihr Kern" (Berichte über die Lage und das Studium des öffentlichen Rechts S. 10). Dieser Ansicht ist aber Schmitt augenscheinlich gerade nicht, denn er führt (a. a. O. S. 197) treffend aus: „Es ist ein typischer Vorgang der Geistesgeschichte, daß wirksame Formeln und eindrucksvolle Worte im geistigen Kampf erobert und umgedeutet werden. Alle großen Religionen haben ihren Gegnern mancherlei Götter und Heilige entrissen und ihrem eigenen Pantheon eingefügt; mancher geistige Sieg bekundet sich in der Übernahme von Riten, Hymnen und Formeln des Gegners, und im politischen Kampf hat man oft sogar den Liedern und Märschen des Gegners andere Texte untergelegt, um sie sich anzueignen." Auch von der nationalsozialistischen Bewegung sagt Schmitt zutreffend (a. a. O. S. 198), sie habe „schon manches starke und gute Wort seinem unrechtmäßigen Besitzer aus der Hand genommen". Bei dieser Feststellung denkt man unschwer an den grundlegenden Bedeutungswandel, dem Worte wie Sozialismus, Revolution, Staat, Volk usw. durch den Nationalsozialismus unterworfen worden sind. Es handelt sich dabei z. T. um eine völlige Auswechselung der Substanz. Diese Erkenntnis veranlaßt Schmitt auch neuestens (a. a. O. S. 199) zu der bemerkenswerten Erklärung: „Die geistige Eroberung des Wortes und des Begriffes Rechtsstaat ist ein großes Verdienst. Die Entliberalisierung und Umdeutung des Rechtsstaatsbegriffs bedeutet einen wichtigen Sieg der neuen Bewegung." Bei diesem status rei et controversiae dürfte sich jede weitere Polemik gegen den Rechtsstaatsbegriff als unfruchtbarer Etikettenstreit und als sachlich nicht mehr gerechtfertigtes Ressentiment darstellen. Wenn auch Schmitt selbst nicht zu diesem Ergebnis gelangt, so ist es doch sein Verdienst, durch seine wiederholten Studien zum Rechtsstaatsbegriff diesen „Abgesang" der Rechtsstaat-Diskussion intoniert zu haben.

In den beiden folgenden Abhandlungen „Rasse und Recht" und „Volk, Rasse und Staat" kommt das volksbiologische Denken des Nationalsozialismus gut zur Darstellung. Besonders die zuletzt genannte Abhandlung von Kier vermittelt wertvolle Einsichten. Das Verhältnis des einzelnen zur Gemeinschaft und des Volkes zum Staat wird feinsinnig behandelt. Deutlich wird hervorgehoben, daß „die völkische Gemeinschaft im Mittelpunkt der nationalsozialistischen Staatsideologie" steht (S. 18), da die nationalsozialistische Idee eine „bestimmte Rangordnung menschlicher Gemeinschaftswerte" aufstellt (a. a. O.), innerhalb derer das Volkstum den höchsten Rang einnimmt. Allerdings ist es nicht ganz unbedenklich, wenn Kier im Verlauf seiner Darlegungen von der „Eigenständigkeit des Volkstums" (S. 20) spricht. Diese offenbar von M. H. Boehm (Das eigenständige Volk, 1932) übernommene Formulierung wird dem Volksbegriff des Nationalsozialismus nicht völlig gerecht. Der Nationalsozialismus kennt ebensowenig eine „staatsfremde Volkslehre" wie eine „volksfremde Staatslehre" (Huber: ZStaatsW. 95, 47). Der Grundbegriff der neuen Staatswissenschaft ist nicht ein „vegetatives Stammestum" (Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart S. 137), sondern „das auf den Staat ausgerichtete politische Volk, das aus dem bloßen naturhaften elementaren Sein herauswächst zur geschichtlichen Gestalt" (Huber a. a. O. S. 46 ff.).

Nach einer gründlichen Behandlung der deutschen Rechtsphilosophie und der deutschen Rechtsgeschichte gibt das „Handbuch" sodann einer ausführlichen Behandlung des Völkerrechts Raum. Auch dieser Abschnitt wird mit einer grundsätzlichen Abhandlung über „Volk, Nation und Völkerrecht" eingeleitet. Ihr Verf., Raschhofer, bleibt nicht an der Oberfläche haften, sondern widmet sich seinem Thema mit grüblerischer Gründlichkeit. Dabei kommt er wiederholt zu ausgezeichneten Formulierungen. So etwa, wenn er (S. 100) sagt: „Von ‚Volk' kann man nur dort reden, wo ein politischer Verband nach Grundsätzen regiert wird, welche die Ehre und die Würde des einzelnen respektieren: in absolutistischen Fürstenstaaten gibt es kein ‚Volk', sondern nur eine Herde von Untertanen." Allerdings unterliegt auch er dem traditionellen Mißverständnis Hegels, wenn er Hegel eine volksfremde etatistische Auffassung unterstellt (S. 102). Die neuere Hegelforschung hat klargestellt, daß man diesem echten deutschen Philosophen zu Unrecht den Vorwurf der Volksverneinung und der Staatsvergottung macht (Huber a. a. O. S. 5 ff. und Larenz a. a. O. S. 124 ff.). Hegel war weit stärker am Gedanken des Volkstums orientiert, als man gemeinhin annimmt. Nur weil und insofern Hegel im Staat die Selbstgestaltung des Volkstums erblickte, erkannte er ihm eine „göttliche" Mission zu und nannte er ihn „die Wirklichkeit der sittlichen Idee". Diese Attribute galten nicht dem Staate im engeren Sinne, dem Staat als Behördenapparat und Befehlsmechanismus, wie es der Liberalismus bei seiner tendenziösen Hegelverfälschung glauben machte, sondern dem Staat als dem „lebendigen Organismus des Volkstums" (Hitler, Mein Kampf S. 434). Um dies zu erkennen, braucht man sich nur des Wortes aus Hegels Geschichtsphilosophie (S. 93) zu erinnern: „Das geistige Individuum, das Volk, insofern es in sich gegliedert, ein organisches Ganzes ist, nennen wir Staat. . . . Hier ist Staat in einem umfassenderen Sinne genommen, so wie wir auch den Ausdruck Reich gebrauchen, wo wir die Erscheinung des Geistigen meinen." Man sieht also: Hegel redivivus steht uns näher, als wir ahnen. Als Nation bezeichnet Raschhofer „das seiner Einheit in Sprache, Sitten usw. bewußte Volk" (S. 103). Ob diese Formulierung nicht allzu psychologistisch ist? Sie kommt m. E. dem romanischen Nationbegriff näher als dem deutschen, nur daß sich der romanische Nationbegriff stärker am Staat als der formalen Einheitszwinge orientiert; die Nation in dem für uns gültigen Sinn wird nicht konstituiert durch die gleichartigen Reflexwirkungen der historischen und kulturellen Umwelt auf die Psyche der einzelnen, so daß die Nation in erster Linie als Erlebnisgemeinschaft gefaßt werden müßte. Der nationalsozialistische Volks- und Nationbegriff baut vielmehr auf den substantiellen Faktoren der Gemeinsamkeit von Blut und Boden, also auf dem Begriff der Rasse, auf, woraus sich ergibt, daß das politische Volk als Nation auch unabhängig von der dynamischen Aktualisierung durch Bewußtseinsvorgänge in der Gemeinsamkeit seiner Rasse ein existentielles Dasein hat. Der Verf. zeigt dann zutreffend, welche Auffassungen sich aus der völkischen Weltanschauung für das Völkerrecht ergeben (vgl. dazu Reuß: Deutsches Recht 1935, 123/24).

Die weiteren völkerrechtlichen Abhandlungen befassen sich mit mehr konkreten Problemstellungen, vor allem mit dem Grundsatz der „Gleichheit und Gleichberechtigung der Staaten" und mit dem Versailler Diktat und seinen zahlreichen völkerrechtlichen Ausstrahlungen. Hier erfüllt das Handbuch in hohem Maße eine nationalpolitische Mission, indem es der verantwortlichen politischen Führung und der gesamten öffentlichen Meinung innerhalb und außerhalb Deutschlands in sorgfältiger Weise die unangreifbaren Argumente zugunsten der deutschen völkerrechtlichen Rechtsansprüche bereitstellt.

In dem Abschnitt über „Staatsrecht" werden die Grundlagen des geltenden Verfassungszustandes, die wichtigsten nationalsozialistischen Verfassungsgesetze und eine große Reihe sonstiger bedeutsamer Gesetze und Reformgebiete erörtert. Da eine ins Einzelne gehende Erörterung dieses bedeutsamen und aktuellen Abschnitts des Handbuchs notwendigerweise fragmentarisch bleiben müßte, mag hier von einer spezifizierten Besprechung Abstand genommen werden. Es mag nur allgemein darauf hingewiesen werden, daß kein Gebiet des neueren deutschen Staats- und besonders des Verfassungsrechts unberücksichtigt geblieben ist. Auch das Konkordat des Deutschen Reichs mit der römisch-katholischen Kirche findet hier eine ausführliche Erörterung.

Auch das „Verwaltungsrecht" wird seiner Bedeutung entsprechend eingehend behandelt. Die sehr umfassende Prüfung, der selbst entlegene Gebiete der öffentlichen Verwaltung unterzogen werden, hätte sich zur Erhöhung des Gebrauchswertes des „Handbuchs" auch auf allgemeine Verwaltungsfragen, z. B. auf das Gebiet der Organisation der allgemeinen Verwaltung, insbes. den Ausbau ihrer Behörden, das Verwaltungsverfahren, die Verwaltungsreform und die Verwaltungs-

gerichtsbarkeit erstrecken sollen. Vielleicht stand dem der Fluß der Entwicklung im Wege. Auch in der Rubrik „Polizeirecht" vermißt man neben den erörterten Spezialmaterien eine eingehende Behandlung des besonders bedeutsamen allgemeinen Polizeirechts. Vielleicht können diese Feststellungen als Anregung zu gelegentlicher Ergänzung des „Handbuchs" beachtet werden. Eher als die genannten allgemeinen Materien hätte man die Behandlung mancher zum Abdruck gelangten Spezialgebiete weglassen können. Der Benutzer des „Handbuchs", der schon jetzt aus seinem Inhalt großen Nutzen zieht, würde zweifellos eine Ergänzung in der angedeuteten Richtung lebhaft begrüßen. Schon jetzt ist das Handbuch für jeden deutschen Rechtswahrer ein unentbehrlicher Wegweiser und Berater; wenn es auch in Zukunft den sich wandelnden Anforderungen stets Rechnung trägt, wird es auf lange Sicht den Ruf eines Standardwerkes bewahren.

RA. Reuß, Berlin.

Prof. Dr. Friedrich Grimm: Wir sind im Recht! Deutschlands Kampf um Wehrfreiheit und Gleichberechtigung. Schriften der Deutschen Hochschule für Politik, herausgeg. von Meier-Benneckenstein, I. Idee und Gestalt des Nationalsozialismus, H. 13. Berlin 1935. Verlag Junker und Dünnhaupt. Preis 0,80 *RM*.

Die Wiederherstellung der deutschen Wehrfreiheit durch den Erlaß des Gesetzes über den Aufbau der Wehrmacht v. 16. März 1935 liegt als großes geschichtliches Ereignis und Wendepunkt der europäischen Politik vor aller Augen. Daß sie auch als Akt der Rechtsvollziehung erkannt und verstanden wird, und diese Bedeutung weitesten Kreisen nahekommt, ist angesichts der Entschließung von Stresa und anderer Versuche, eine neue Schuldlüge zu konstruieren, eine notwendige Aufgabe. Ihr widmet sich Friedrich Grimm aus seiner bekannten Sachkenntnis mit Eindringlichkeit und Überzeugungskraft. An Hand der Entstehungsgeschichte und der Zeugnisse führender Staatsmänner wird das deutsche Recht auf allgemeine Abrüstung sowohl aus den 14 Punkten Wilsons und dem Vorfriedensvertrag v. 15. Aug. 1918 wie aus Art. 8 und der Präambel zu Teil V des Versailler Dokuments in klaren und festen Zügen dargelegt und Deutschlands völkerrechtlicher Anspruch, nach erfolgtem Vertragsbruch der anderen Seite, sich sein Recht in der Wiederherstellung der Wehrfreiheit zu nehmen, erwiesen. Zutreffend weist Grimm darauf hin, welche völkerrechtliche Bedeutung dabei der natürlichen und in den Verträgen anerkannten Souveränität Deutschlands zukommt. Die völkerrechtliche Lage ließ nur die Alternative zu: Allgemeine Abrüstung oder Wiederherstellung der deutschen Rüstungsfreiheit.

Die übersichtliche auch für nichtjuristische Kreise geschriebene Schrift verdient im In- und Ausland weiteste Verbreitung.

Prof. Dr. Poetzsch-Heffter, Kiel.

Prof. Dr. Wilhelm Merk: Verfassungsschutz. Stuttgart 1935. Verlag W. Kohlhammer. 674 S. Preis 36 *RM*.

Der Verf. bemerkt im Vorwort, Dezember 1934, das Werk sei hervorgegangen aus einem akademischen Vortrag aus dem Jahre 1928. Es soll als Einführung dienen zu einem größeren Werk über die Verfassungs-Gerichtsbarkeit. Der siegreiche Durchbruch der nationalen Erhebung habe Anlaß gegeben, die Untersuchung, die im dritten Entwurf im April 1933 abgeschlossen gewesen sei, bis zur Gegenwart fortzuführen, sobald die Umrisse des Verfassungsschutzes im Dritten Reich genügend erkennbar gewesen seien. Die gestellte Aufgabe sei die Frage des Verfassungsschutzes im ganzen für das deutsche Verfassungsrecht unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung und die Vorführung in einem System, da eine grundlegende allgemeine und zusammenfassende Behandlung der Frage des Verfassungsschutzes bisher nicht vorhanden sei. Er stelle sich daher die Aufgabe, zu untersuchen, ob und inwieweit der Gedanke des Verfassungsschutzes im deutschen Reichsrecht Eingang gefunden habe. Bei dem Übergangszustand, in dem sich das Verfassungsrecht zur Zeit befinde, erscheine als gegebener Gang der Untersuchung zunächst die Darlegung der begrifflichen Grundlagen des deutschen Verfassungsschutzes und seine Entwicklung in den älteren deutschen Verfassungen bis zum Staatsumsturz v. 9. Nov. 1918, sodann die Behandlung des Verfassungsschutzes des Deutschen Reiches bis zum 30. Jan. 1933, und endlich die Schilderung der andersartigen Gestaltung des Verfassungsschutzes im Dritten Reich, nach Beseitigung der wesentlichen Grundlagen der Weimarer Verfassung.

Demgemäß gliedert sich das Inhaltsverzeichnis im ersten Teil bis S. 165 in die „Allgemeinen Grundlagen des deutschen Verfassungsschutzes", begriffliche und geschichtliche Grundlagen, als letztere: die Staatsbildungen der germanischen Zeit, das Fränkische Reich, das alte Deutsche Reich, der Deutsche Bund, das zweite Deutsche Kaiserreich. Der zweite Teil nennt sich „Der Verfassungsschutz nach der RVerf. v. 11. Aug. 1919", S. 166—622, in drei Hauptstücken: Der staatsrechtliche, der strafrechtliche und der bürgerlich-rechtliche Verfassungsschutz. Der dritte Teil bezeichnet sich: „Der Verfassungsschutz im Dritten Reich", S. 623—667, unterscheidend wieder den staatsrechtlichen, strafrechtlichen und bürgerlich-rechtlichen Verfassungsschutz.

Der Verf. hebt hervor, die Untersuchung wolle nicht mehr als ein bescheidener Versuch der Behandlung des Gegenstandes sein, vor allem in begrifflicher, geschichtlicher und rechtsvergleichender Hinsicht. Nach dem Durchbruch der nationalen Erhebung habe er von einer weiteren Ausgestaltung des auf die Weimarer Verfassung sich beziehenden Teils der Arbeit abgesehen, zumal ihm ohnedies bei seiner von vornherein stets völlig ablehnenden inneren Einstellung zur Weimarer Zwischenverfassung die Beschäftigung mit ihr nicht ohne weitgehende Überwindung und nur wegen der Bedeutsamkeit der Frage überhaupt und bei einer Gesamtbehandlung möglich gewesen sei.

Der zeitlichen Entwicklung des Werkes entsprechend nimmt den weitaus größten Teil die Darstellung des Verfassungsschutzes nach der Weimarer Reichsverfassung ein (S. 166—622). Bei der heutigen staatsrechtlichen Gegebenheit wird dem Leser eine Aufgabe gestellt, der er sich nicht ohne innere Überwindung wird unterziehen wollen, muß er sich doch zurückdenken in den Geist und die Einrichtung einer endlich niedergerungenen Staatsauffassung. Andererseits ist auch in zeitlicher Hinsicht noch nicht der genügende Abstand erreicht, um das erforderliche geschichtliche Interesse aufzubringen. Das trifft insbes. zu bei der Behandlung von Abschnitten wie: Erhöhte Geltungskraft der Verfassung, die sonstige Begrenzung der reichsverfassungsgemäßen Gewalten, die Verantwortlichkeit des Reichspräsidenten, der Reichsregierung usw., die Stellung des Reichstages usw., die Aufsicht über die Länder, das Wahlprüfungsverfahren, der gerichtliche Schutz der Abgrenzung der Reichs- und der Landesgewalt, insbes. gegenüber dem Freiheitsbereich der Einzelnen, der strafrechtliche und der bürgerlich-rechtliche Verfassungsschutz.

Dagegen dürfte die Aufmerksamkeit des Lesers weit mehr in Anspruch genommen werden durch die Darstellung der allgemeinen Grundlagen des deutschen Verfassungsschutzes im ersten Teil des Buches. Hier werden untersucht: die allgemeinen Begriffe der Verfassung überhaupt, die Entwicklung und Bedeutung der Verfassungsurkunde und der Inhalt der Verfassung, insbes. in geschichtlicher Entwicklung. Es werden unterschieden ein Verfassungsschutz im weiteren und engeren Sinne. Unter ersterem sind zu verstehen die Rechtseinrichtungen sachlich-rechtlicher Art, die die Aufrechterhaltung der Verfassung gewährleisten sollen in der Weise, daß zu diesem Zweck beim Vorliegen der rechtssatzmäßig bestimmten Voraussetzungen Rechtsnachteile oder Rechtsfolgen sachlich-rechtlicher Art selbsttätig unmittelbar kraft Gesetzes eintreten. Sie können sein öffentlich-rechtlicher (staatsrechtlicher oder strafrechtlicher) Art oder aber bürgerlich-rechtlicher Art. Der Verfassungsschutz im engeren Sinne ist entweder ein aufsichtsrechtlicher oder ein gerichtlicher Rechtsschutz.

Der staatsrechtliche Schutz bezweckt im Gegensatz zum strafrechtlichen und wie der bürgerlich-rechtliche Schutz die Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des verfassungsrechtlichen Zustandes als solchen. Nicht verfassungsmäßige, insbes. gegen den Bestand der Verfassung gerichtete Handlungen der Amtsträger oder der Untertanen sollen in vorbeugender Weise verhütet, oder, wenn sie bereits vorliegen, als der rechtlichen Wirksamkeit entbehrend festgestellt und nötigenfalls in unterdrückender Weise in Einklang mit der Verfassung gebracht werden.

Das Hauptgewicht in der folgenden Untersuchung wird auf die Darstellung des Verfassungsschutzes im engeren Sinne beim staatsrechtlichen Schutz gelegt.

Über die Grenzen des Verfassungsschutzes wird bemerkt, daß bei der Würdigung der Einrichtung des staatsrechtlichen Verfassungsschutzes nach Art und Umfang vor allem im Auge zu behalten ist, daß die Verfassung der Ausdruck der obersten Machtverhältnisse im Staate und ihrer Abgrenzung ist, und dementsprechend der Verfassungsschutz im Dienst der Aufrechterhaltung dieser Machtverhältnisse steht, daß nur unter Berücksichtigung dieser Machtverhältnisse der Verfassungsschutz voll zu verstehen ist. Im nationalsozialistischen Dritten Reich ist demgemäß die Gestaltung des Verfassungsschutzes eine ganz andere als im volks-herrschaftlich-parlamentarisch ausgebauten Zwischenreich.

In einer abschließenden Betrachtung zum zweiten Teil (Weimarer Verfassung) wird hervorgehoben, wie stark sich die beiden Arten des Verfassungsschutzes im engeren, verfahrensrechtlichen, Sinne: aufsichtsrechtlicher und gerichtlicher Schutz geändert und verschoben haben, und daß auch innerhalb der einzelnen Rechtsschutzart manche Veränderung vor sich gegangen ist. Diese Untersuchung ist besonders wertvoll durch das Eindringen in die tieferen Zusammenhänge zwischen bestimmten Grundauffassungen und ihrer Ausgestaltung im einzelnen in der Rich-

tung ihrer Sicherung und ihres Schutzes unter kritischer Würdigung der Mängel des Verfassungsschutzes in der Weimarer Verfassung (§ 45).

Leider ist der Verfassungsschutz im Dritten Reich sehr kurz geraten (S. 623 bis zur Schlußbetrachtung auf S. 668 ff.). Es wird betont, daß das Verfassungsrecht des Dritten Reiches bis jetzt noch nicht vollständig und auch nicht in einer einheitlichen Verfassungsurkunde geregelt sei, da bisher lediglich einzelne Gesetze erlassen seien, die sich auf einzelne Punkte des Verfassungsrechts beziehen. An der Stelle des Verfassungsbegriffs im förmlichen Sinne komme demnach mehr und mehr für das Dritte Reich vorerst der Begriff der Verfassung im sachlichen Sinne in Betracht. Es werden dann behandelt: Der ganzheitliche Staat, der Führerstaat als völkischer Führerstaat, der staatsrechtliche Verfassungsschutz (im weiteren und engeren Sinne), der strafrechtliche und der bürgerlich-rechtliche Verfassungsschutz.

In einer Schlußbetrachtung wird betont, daß der gerichtliche Schutz bei einer allseitigen Betrachtung nicht als die wichtigste Art erscheint, daß der aufsichtsrechtliche Schutz vom Standpunkt der obersten Willens- und Machtverhältnisse im Staate niemals als voll entbehrlich erscheine und seine Bedeutung regelmäßig behalte auf weiten Gebieten zum Schutz des obersten Willens oder der obersten Gewalt im Staate, insbes. in der Form der Dienstaufsicht und der Untertanenaufsicht (Polizei, außerordentliche Gewalt), namentlich zur Abwehr sofortiger Gefahren für den Bestand des Staates und der Verfassung. Neben der rechtlichen Gewähr der Verfassung komme auch eine nichtrechtliche Gewähr in Betracht, wie insbes. religiöses und sittliches Gefühl, vor allem das Pflichtgefühl oder die Verantwortung vor dem eigenen Gewissen, namentlich bei den mit der Handhabung der Verfassung betrauten Amtsträgern wie auch bei den Untertanen, die Verfassung als das Grundgesetz der äußerlichen Lebensform der Volksgemeinschaft und als die Voraussetzung der Erhaltung und des Gedeihens dieser Gemeinschaft und der ihr angehörigen Volksgenossen zu achten und sie aufrechtzuerhalten. Hierzu kommt auch die Überwachung durch die öffentliche Meinung. Die nichtrechtliche Gewähr lasse die rechtliche nur als äußerste und letzte Gewähr, wie auch sonst auf dem Gebiete des Rechtslebens, erscheinen. Die sicherste Gewähr für die Aufrechterhaltung der Verfassung bestehe dann, wenn sie im Herzen der Staatsangehörigen begründet sei, und ihre Regelung als gerechte und vernünftige Ordnung von der Volksgemeinschaft empfunden werde.

Das Werk bedeutet jedenfalls einen ersten groß angelegten Versuch einer zusammenfassenden Darstellung, und es wäre zu wünschen, daß nach Abschluß einer gewissen Entwicklung im Aufbau des Dritten Reiches die Untersuchungen fortgesetzt werden. Denn das, was heute interessiert, ist die Frage, auf welche Weise das Dritte Reich die Grundgedanken seiner Weltanschauung in Rechtseinrichtungen gestaltet hat und auf welche Weise sie diese Gestaltung sichert und schützt. Ob hierbei Methode und Begriffsbildung, wie sie durch die Betrachtung geschichtlicher Entwicklungen gewonnen sind, beibehalten werden können, wo die Grenzen zu ziehen sind, ist eine Frage, die noch beantwortet werden muß. Wesentliche Gestaltungen, wie der Aufbau in Berufsständen, die Organisation der Arbeit, der Wirtschaft, des kulturellen Lebens, der Volkswohlfahrt, der Wehrmacht usw., bedürfen eingehender Untersuchung in der Richtung auf die gestellte Aufgabe.

RA. u. Notar Dr. Heinz Rabe, Halle a. S.

Prof. Dr. Ludwig von Köhler: Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts. Stuttgart 1935. Verlag von W. Kohlhammer. 384 S. Preis geb. 12 *RM*.

Der Verf. nennt das vorliegende Buch in seinem Vorwort „ein Buch für die Übergangszeit“. Er will mit ihm eine Brücke schlagen vom verwaltungsrechtlichen Schrifttum der Vergangenheit zur kommenden Darstellung des zukünftigen Verwaltungsrechts, die erst nach Beendigung der überall im Gang befindlichen Verwaltungsreform geschrieben werden kann.

Es ist dem Verf. zuzugeben, daß gegenwärtig ein deutlich spürbarer Mangel an grundlegenden Lehrbüchern des Verwaltungsrechts besteht. Man mag nämlich über den Wert der bisherigen Lehrbücher des Verwaltungsrechts denken, wie man will, — den Anforderungen der neuen Zeit leisten sie schon deshalb nicht Genüge, weil bei ihrem Studium naturgemäß die Frage offenbleibt, in welchem Maße ihre wissenschaftlichen Ergebnisse nach der grundstürzenden Veränderung unseres öffentlichen Lebens noch als maßgeblich gelten können. Die Beantwortung dieser Frage kann aber bei einem Lehrbuch nicht einfach dem Leser überlassen bleiben. Es ist deshalb ein Verdienst des Verf., daß er in dem vorliegenden Buch stets „bei Besprechung der einzelnen Rechtseinrichtungen ihr Verhältnis zum nationalsozialistischen Gedankengut“ (S. 60) prüft und seinen Darlegungen auf diese Weise wirkliche Brauchbarkeit und Aktualität verleiht. Gleichwohl weist der Verf. mit einer Geste vornehmen Taktes selbst darauf hin, daß er ein „leitender Verwaltungsmann der Vorkriegs- und der Kriegszeit und ein Hochschullehrer der älteren Stufe“ sei und es schon deshalb dem „jungen Geschlecht“ vorbehalten müsse, „die letzten Folgerungen nationalsozialistischer Weltanschauung zu ziehen und schöpferisch das Verwaltungsrecht der Zukunft zu schreiben“ (Vorwort).

Der Verf. behandelt, wie sich aus dem Titel ergibt, die Grundlehren des „deutschen“ Verwaltungsrechts. Da jedoch in Deutschland bis heute nur einzelne Teilgebiete des Verwaltungsrechts reichsrechtlich geregelt sind, im übrigen aber keine reichsrechtliche Zusammenfassung des Verwaltungsrechts besteht, geht der Verf. in seinem Buche systematisch richtig vor, wenn er zunächst mit einer Darlegung des Begriffs „Deutsches Verwaltungsrecht“ beginnt. Im Einklang mit der überkommenen Ansicht versteht er darunter den Bestand an „übereinstimmenden allgemeinen Rechtsgedanken, Rechtssätzen und Rechtseinrichtungen“, die sich in den deutschen Ländern unter dem Einfluß der Wissenschaft und der Rechtsprechung herausgebildet und nunmehr in ihren Grundzügen als gemeindeutscher Besitz zu gelten haben (S. 3). Diese übereinstimmenden Verwaltungsrechtsgrundsätze „beherrschen die Verwaltung, obwohl wir ein geschriebenes allgemeines deutsches Verwaltungsrechtsgesetzbuch noch nicht haben“ (a. a. O.). Mit Recht sagt der Verf., daß der Begriff des „Deutschen Verwaltungsrechts“ nicht nur ein Begriff, sondern auch ein verpflichtendes Programm sei. „Deutsch“ soll das Verwaltungsrecht nicht nur nach dem Umfang seines Geltungsgebiets, sondern vor allem „seinem innersten Wesen nach“ sein (S. 4). „So gewinnt der alte Begriff des deutschen Verwaltungsrechts eine kräftige Neubelebung. Er wird aber darüber hinaus auch eine bedeutsame Vertiefung erfahren“ (a. a. O.).

Die Ausführungen des Verf. zeigen durch den gesamten Inhalt seines Buches hindurch, daß der Verf. der neuen Zeit mit innerer Aufgeschlossenheit und geistiger Bereitschaft gegenübersteht. Um so beachtlicher sind daher die gelegentlich von ihm eingeflochtenen Warnungen vor allzu unbedachtem Übereifer. So warnt er mit Recht vor dem Fehler, „Rechtseinrichtungen etwa nur deshalb zu verwerfen, weil sie dem hinter uns liegenden Zeitalter entstammen oder in ihm als richtig erkannt wurden. Der nationalsozialistische Staat ist fähig und stark genug, was gut war, zu übernehmen und es mit seinem Geist zu erfüllen“ (S. 5). Dieser praktische und gesunde Sinn des erfahrenen Verwaltungsmannes bricht sich immer wieder Bahn und befruchtet auch weithin die theoretischen Betrachtungen des Verf. So sehr er auch verlangt, „das Überkommene nach dem neuen Gedankengut auszurichten“ (S. 6), so weit ist er doch andererseits von aller grundsätzlichen „Bilderstürmerei“ entfernt. Dies zeigt sich in der Stellungnahme des Verf. zu einer ganzen Reihe grundsätzlicher Fragen. Der Verf. erklärt sich z. B. mit guten Gründen für die weitere Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte. Zutreffend weist er (S. 220/1) daraufhin, „daß das subjektive öffentliche Recht seinem Träger nicht nur um der Befriedigung der eigenen Belange, sondern auch um der Erfüllung allgemeiner, öffentlicher, das Staats- und Rechtsleben als solches berührender Interessen willen gegeben ist“. Mit dieser Feststellung will der Verf. jedoch keineswegs zu einer Konservierung der subjektiven öffentlichen Rechte im überkommenen Sinne beitragen. Er weist vielmehr mit Recht mißbilligend darauf hin, daß man in der zurückliegenden Zeit „den subjektiven öffentlichen Rechten einen im Grunde staatsabgewendeten, ja staatsfeindlichen Sinn gegeben“ (S. 225) habe. Das versperrt ihm aber nicht die Einsicht, daß bei einer neuen Sinndeutung der subjektiven öffentlichen Rechte „ihre Anerkennung im Interesse des Staates selbst gelegen ist“ (S. 226). Die Begründung hierfür erblickt er zutreffend in der Tatsache, daß „in der Volksgemeinschaft auch dem einzelnen Volksgenossen eine organische Stellung zugewiesen sei, kraft deren er bestimmte Aufgaben zu erfüllen berufen, d. h. verpflichtet und berechtigt“ sei (a. a. O.). Die Zubilligung von subjektiven öffentlichen Rechten bedeutet also nicht die Einräumung einer subjektiven Willkürsphäre für den Einzelnen, sondern stellt sich als ein Mittel der sozialen Ertauglichung und der Indienststellung für die Gemeinschaft dar; auch die Zubilligung von Rechten ist somit ein Mittel der sozialen Verpflichtung. „Bei dieser Auffassung kann auch dem ‚stattsgerichteten‘ (Maunz) subjektiven öffentlichen Recht nicht der Sinn eines gegen den Staat als etwas Entgegengesetztes oder gar Feindliches gerichteten Anspruchs, einer Lösung des einzelnen Volksgenossen aus der Volksgemeinschaft beigelegt werden. Es muß weit ‚äußerlicher‘ und doch im Grunde wesenhafter darauf abgestellt werden, daß dieses Recht ja praktisch gegenüber einer Behörde geltend gemacht wird, die zwar den Staat vertritt, aber eben aus Menschen besteht, die fehlen und irren können“ (S. 227). Aus dieser zutreffenden Grundeinstellung zieht der Verf. wiederholt wohldurchdachte Konsequenzen. So erklärt er z. B. bei der Erörterung der „Verwaltungsakte auf Unterwerfung“, bei denen der Mangel einer

Ermächtigung durch Rechtsvorschrift durch die Zustimmung des Betroffenen geheilt wird, „daß trotz Zustimmung des Betroffenen Verwaltungsakte, die Rechte oder Freiheiten beeinträchtigen, auf deren Ausübung der Betroffene im Interesse der Volksgemeinschaft nicht wirksam verzichten kann, z. B. das Abstimmungsrecht, auch mit Zustimmung des Betroffenen nicht zulässig sind. Hier sind Schranken gezogen, ihrer wahren Bedeutung nach nicht sowohl zum Schutze des Einzelnen als zum Schutze der Allgemeinheit, über die sich der Einzelne auch nicht durch seine Einwilligung hinwegsetzen kann“ (S. 162/3). Weil also der Verf. auf dem zutreffenden Standpunkt steht, daß die Zubilligung subjektiver öffentlicher Rechte zugleich im Gemeininteresse liege (S. 238), erklärt er folgerichtig, daß man wegen dieser Gemeinschaftsbezogenheit der subjektiven öffentlichen Rechte im Zweifel ihre Unverzichtbarkeit annehmen müsse (S. 239). Auch die Stellungnahme zu dem Problem des Fortbestandes der Verwaltungsgerichtsbarkeit baut der Verf. auf der erörterten richtigen Grundanschauung auf (S. 255 ff.). Mit Recht bezeichnet er als ihre Aufgabe „nicht mehr in erster Linie Schutz des Einzelnen, sondern Wahrung der Volksgemeinschaft“ (S. 278). So ist das Denken des Verf. überall an der Gemeinschaft orientiert. „Erstes und höchstes Schutzgut im nationalsozialistischen Staat ist das Volk als Gemeinschaft“ (S. 348). „Andererseits darf nicht außer Acht gelassen werden, daß auch dem Einzelnen eine gliedhafte Stellung in der Gemeinschaft angewiesen ist, kraft deren er den Raum beanspruchen kann, die Aufgaben zu erfüllen, zu denen er als Einzelpersönlichkeit und zugleich als Glied der Gemeinschaft berufen ist“ (a. a. O.).

So findet man in dem vorliegenden Buch zu allen grundsätzlichen Fragen stets eine wohldurchdachte und ausgereifte Stellungnahme. Aber auch in den mehr verwaltungstechnisch als grundsätzlich gearteten Fragen läßt der Verf. den Leser nicht im Stich. So sind z. B. seine Ausführungen zum Begriff des Verwaltungsaktes, zur Einteilung und zur Form der Verwaltungsakte, vor allem auch die Erörterung der Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt (S. 151 ff.) vorbildlich klar und pädagogisch gut durchdacht. Mit gleicher Sorgfalt sind auch die verwaltungsrechtlichen Sondergebiete, z. B. das Recht der öffentlichen Sachen (Wegerecht), der öffentlichen Anstalten und das Polizeirecht behandelt. Selbst Fragen, auf die man oft in den Standardwerken der Spezialliteratur keine Antwort findet, z. B. die Frage des Fortbestandes der polizeilichen Eigentümerhaftung nach erfolgter Dereliktion (vgl. dazu Reuß: JW. 1933, 2565 ff.), werden vom Verf. erörtert.

So stellt sich das besprochene Werk als eine wertvolle Bereicherung des verwaltungsrechtlichen Schrifttums dar. Nicht nur der Lernende, sondern auch der praktische Verwaltungsmann und jeder, der grundsätzliche Unterrichtung sucht, wird es mit vollem Nutzen zur Hand nehmen.

Mag man aber das besprochene Buch auch noch so befriedigt aus der Hand legen und die verdienstvolle Arbeit seines Verf. uneingeschränkt anerkennen, ein Wunsch bleibt doch noch übrig; ein Wunsch allerdings, den nicht der Verf., sondern nur der Gesetzgeber erfüllen kann, daß nämlich bald die Zeit kommen möge, in der wir in dem einen deutschen Reich auch ein deutsches Verwaltungsrecht haben werden. Die Wissenschaft und die Rechtsprechung haben zwar auf dem Gebiet der Vereinheitlichung des deutschen Verwaltungsrechts wertvolle Pionierarbeit geleistet, — die territoriale Gesetzgebung als solche haben sie nicht überwinden können. Hier hat der Gesetzgeber das Wort!

RA. Reuß, Berlin.

Dr. **Wilhelm Albrecht**, ORegR.: **Neues Staatsrecht.** (Neugestaltung von Recht und Wirtschaft, herausgegeben von OLGR. i. R. C. Schaeffer, 13. Band 1. Teil.) 4. durchgesehene und ergänzte Auflage. Leipzig 1935. Schaeffer Verlag C. L. Hirschfeld. 77 S. Preis 1,80 *RM.*

Der Verf. bringt in der bekannten knappen und klaren Gliederung, die man aus den Schaefferschen Leitfäden gewohnt ist, eine Übersicht über die staatsrechtliche Entwicklung des Dritten Reiches in 4 Abschnitten: Die nationale Erhebung, die Beseitigung der politischen Parteien, die neuen Staatsgrundsätze und sonstige Maßnahmen. Das Buch mag dem jungen Rechtswahrer praktische Dienste leisten zur übersichtlichen Gestaltung seiner Kenntnisse über die staatsrechtliche Entwicklung des Dritten Reiches, kann natürlich nicht mehr als ein knapper Leitfaden sein. Die Entwicklung der Dinge bringt es indessen mit sich, daß das Buch durch die Ereignisse zum Teil schon wieder überholt ist.

RA. u. Notar Dr. Heinz Rabe, Halle a. S.

Prof. Dr. **G. Ebers: Verfassungsrecht.** Textsammlung der verfassungsrechtlichen Gesetze des Reichs und Preußens mit Anmerkungen und Sachregister. Mannheim 1935. Deutsches Druck- und Verlagshaus GmbH. 360 S. Preis geb. 6 *RM.*

Die vorl. Textsammlung ist nach neuartigen Gesichtspunkten aufgestellt. Sie bringt über 100 Gesetze und Verordnungen zu folgenden Abschnitten: I. Zur deutschen Verfassungsgeschichte des 19. Jahrhunderts, II. Die Weimarer Verfassung, III. Der Übergang und die neuen Grundgesetze, IV. Das geltende Verfassungsrecht, V. Staat und Kirche. Ein eingehendes Stichwortverzeichnis und eine große Zahl von verweisenden und nachweisenden Anmerkungen erhöhen die Brauchbarkeit dieser Sammlung, die in der bekannten Aufmachung der „Blauen Ausgabe“ der Sammlung deutscher Gesetze erschienen ist.

L.

Dr. jur. **Wilhelm Franzen: Die Polizei im neuen Staat.** Grundriß des Polizeirechts. (Heft 4 von: Hauptprobleme des Deutschen Rechts. Marburg. Juristische Arbeitsgemeinschaft. 57 S. Preis 2,40 *RM.*

Der Verf., der bereits einen Lehrkommentar zum PrPolVerwG. verfaßt hat, legt mit dem jetzigen Grundriß einen Überblick über die Polizei im neuen Staat auf der Grundlage des preußischen Polizeirechts vor, der trotz der notwendigen Zusammendrängung des vielfältigen Stoffes bemüht ist, viel zu bringen und die Darstellung durch zahlreiche Beispiele zu beleben. Da durch die nationalsozialistische Bewegung eine neue Staatsidee zur Geltung gelangt ist, verkörpert im Führer, getragen von der Bewegung, gerichtet auf die Volksgemeinschaft, sind die Rechtsbegriffe gerade im Staats- und Verwaltungsrecht auf ihre weitere Brauchbarkeit und Anwendbarkeit zu überprüfen. Deshalb unternimmt Franzen den Versuch, den teils gewandelten, teils neuen Gehalt und Sinn der maßgebenden polizeirechtlichen Begriffe im Zuge seiner Darstellung deutlich zu machen. Anschaulich wird jedenfalls der Übergangszustand im heutigen Polizeirecht. Auf die Notwendigkeit der Auslegung der gesamten Gesetze und der gerade für das Polizeirecht besonders bedeutungsvollen Generalklauseln im nationalsozialistischen Sinne wird nachdrücklich hingewiesen. Unter Wegräumung verschiedener Mißverständnisse wird die Verträglichkeit subjektiver öffentlicher Rechte innerhalb der Verwaltung und eines angemessenen Verwaltungsrechtsschutzes mit dem nationalsozialistischen Gerechtigkeitsdenken dargelegt. Da das nationalsozialistische Rechtsdenken nicht vom Einzelnen ausgeht, sondern an der Gesamtheit Volk und Staat ausgerichtet ist, erhalten von hier aus beide ihren Sinn, Umfang und Begrenzung.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

Amts- u. LGR. Dr. **Günther Küchenhoff** und Amts- u. LGR. Dr. **Robert Berger: Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935** nebst amtl. Begründung. In Fortsetzung des Erläuterungsbuches zum preuß. Gemeindeverfassungs- und Gemeindefinanzgesetz von Lympius und Küchenhoff. (Guttentagsche Samml. 194.) Berlin und Leipzig 1935. Walter de Gruyter & Co. 499 S. Preis 9 *RM.*

Mit dem kleinen Kommentar in der bekannten Guttentagschen Sammlung Deutscher Reichsgesetze haben die Herausgeber eine erfreuliche Leistung vollbracht, die jeder Praktiker dankbar begrüßen wird. Der Umfang des Erläuterungswerkes entspricht allerdings der Bedeutung des Gesetzes, das ein „Grundgesetz des nationalsozialistischen Staates“ ist, nicht. Das Gesetz ist am 1. April 1934 in Kraft getreten. Schon vorher war der Kommentar fertiggestellt. Es fehlen daher die Durchführungs- und Ausführungsanweisungen, die inzwischen ergangen und noch zu erwarten sind. Diese sollen allerdings nach Erscheinen ergänzend berücksichtigt werden.

Trotzdem ist das kleine Werk als Handkommentar wertvoll. Es erläutert in klarer Weise die staatsrechtlichen, politischen und geschichtlichen Zusammenhänge des ersten ein bestimmtes Gebiet zusammenfassenden Verfassungsgrundgesetzes des Dritten Reiches.

Die Grundgedanken des neuen Verfassungslebens (Führertum, Volksgemeinschaft und staatstragende Bewegung) sind klar herausgearbeitet. Darüber hinaus gibt der Kommentar wertvolle technische Hinweise und Antworten auf Einzelfragen. Wer daher sich mit Gemeinderecht zu befassen hat, mag sich getrost der Führung der beiden Herausgeber anvertrauen.

RA. Dr. W. Rieling, Naumburg.

Oberbürgermeister Dr. Markmann: Die deutsche Gemeindeordnung. Handausgabe unter Berücksichtigung der amtlichen Begründung, der ersten Durchführungsverordnung und der ersten Ausführungsanweisung mit besonderer Berücksichtigung der bisherigen preußischen Verhältnisse. München-Berlin 1935. Kommunalschriftenverlag J. Jehle GmbH. 103 S. Preis 2,80 *RM*.

Die Erläuterungen in dieser Ausgabe der Deutschen Gemeindeordnung sind kurz und bündig, ihre Sprache faßlich und eingängig. Der Verf. spricht als bewährter Sachkenner und erfahrener Verwaltungsfachmann. Zahlreiche zusammenfassende Übersichten sind neben Verweisungen in den Text der Anmerkungen eingearbeitet und erleichtern, ebenso wie das beigegebene ausführliche und zuverlässige Register den Überblick und das Auffinden der Behandlung der gesuchten Frage. Durchgängig werden die Unterschiede der Deutschen Gemeindeordnung gegenüber dem bisher für Preußen maßgebenden GemVerfG. und GemFinG. aufgezeigt. Die vorliegende Ausgabe bietet also auf knappem Raum Wesentliches und erfüllt ihren besonderen Zweck, die preußischen Gemeindebeamten in Geist und Bedeutung der neuen Deutschen Gemeindeordnung einzuführen. Darüber hinaus vermag sie jedem die Einarbeitung in dieses hervorragende Grundgesetz des nationalsozialistischen Staates zu erleichtern, das nach Zeiten der Zerrüttung und des Niederganges den Gemeinden wieder den Weg zur Höhe erschließt.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

Georg Dahm: Gemeinschaft und Strafrecht. (Kieler Universitätsreden. Neue Folge, Heft 5.) Hamburg 1935. Hanseatische Verlagsanstalt. 17 S. Preis kart. 1,20 *RM*.

Die Rektoratsrede des bekannten Kieler Strafrechtlers vom 10. April 1935 ist geradezu ein Musterbeispiel dafür, was heute ein akademischer Lehrer bei festlichem Anlaß über die wissenschaftlichen Fragen seines Faches aus nationalsozialistischem Geist heraus seinen Hörern zu sagen hat. Die Rede ist ebensosehr von wissenschaftlichem Geist getragen, wie in volkstümlicher und allgemeinverständlicher Weise gehalten: in dieser Vereinigung liegt das Wesen jeder nationalsozialistischen Wissenschaft überhaupt umschlossen.

Mit Recht geht Dahm von den Grundfragen des Strafrechts aus, denn an der Grenzscheide weltanschaulicher Epochen muß man sich zu allererst über das Grundsätzliche klar sein, bevor man über die einzelnen, sich daraus ergebenden und abzuleitenden Fragen nachdenkt.

Der Grundgedanke des nationalsozialistischen Strafrechts kann nur, wie auch Dahm richtig erkennt, die lebendige Gemeinschaft, d. h. die blut- (rasse-) gebundene völkische Schicksalsgemeinschaft sein. Zutreffend weist Dahm weiter darauf hin, daß in diesem Gemeinschaftsgedanken der weltanschauliche Unterschied zwischen dem nationalsozialistischen und dem faschistischen, bolschewistischen wie auch dem kanonischen Strafrecht liegt.

Sowohl die Strafe, als auch das Verbrechen erhalten ihren Sinn aus der lebendigen Gemeinschaft.

Mit dem Gemeinschaftsgedanken auf das innigste verbunden sind die Begriffe von Ehre und Treue als seine sittliche Grundlage. Auf das Strafrecht bezogen bedeutet das: Das Verbrechen ist die Verletzung der Treupflicht des Volksgenossen gegenüber der Volksgemeinschaft. Die Strafe muß für den Verbrecher die Ehrlosigkeit und damit den ganzen oder zeitweisen Ausschluß aus der Volksgemeinschaft zur Folge haben. In dieser sittlichen Wertung aus dem Gemeinschaftsgedanken liegt der wesentliche Unterschied zwischen dem liberalistisch individualistischen Strafrecht der Vergangenheit und dem nationalsozialistischen Strafrecht der Zukunft, denn damit wird das Strafrecht von der Mechanisierung und Materialisierung zur sittlichen Gemeinschaftswertung, zu der vom Führer auf dem Deutschen Juristentag 1933 geforderten Übereinstimmung von Recht und Moral zurückgeführt.

Die Bedeutung und Auswirkung dieser sittlichen Wertung des Verbrechens und der Strafe, die auch in der Ehrengerichtsbarkeit der Gemeinschaften, Kameradschaften und Gliederungen zum Ausdruck kommt, wird von Dahm an treffenden Beispielen überzeugend erläutert.

Dahm folgert, daß das nationalsozialistische Strafrecht ein Täterstrafrecht sein wird, betont aber ebenso richtig, daß der Unterschied des nationalsozialistischen Täterstrafrechts zum liberalistischen Täterstrafrecht darin besteht, daß dieses vom Einzelmenschen, jenes von der Volksgemeinschaft ausgeht.

Die Auffassung des Wesens des Verbrechens als einer Treupflichtverletzung gegenüber der Volksgemeinschaft, die am klarsten in den nationalsozialistischen Leitsätzen für das deutsche Strafrecht des Reichsrechtsamts der NSDAP. erkannt worden ist, wird bei Dahm anscheinend dahin eingeschränkt, daß ein Verbrechen gegenüber einem anderen Volksgenossen nicht als Treupflichtverletzung anerkannt wird (vgl. das Beispiel vom Dieb S. 14). Dem ist entgegenzuhalten, daß die Volksgemeinschaft durch das Band des Blutes alle Volksgenossen umschließt und jeden Volksgenossen dem anderen gegenüber zur gleichen Treue verpflichtet. Daher verletzt auch z. B. der Dieb seine Treupflicht gegenüber der Volksgemeinschaft dadurch, daß er die sich aus seinem Treuverhältnis zu einem anderen Gliede der Volksgemeinschaft ergebende Treupflicht verletzt hat.

Wenn Dahm die Notwendigkeit eines gesamtvölkischen Strafrechtsschutzes und die Notwendigkeit der Gesetze bejaht, so ist ihm mindestens für eine Übergangszeit durchaus recht zu geben, denn über den Rechten der Stände, Kameradschaften und Gliederungen muß das einheitliche gesamtvölkische Recht stehen und die Gesetze des Reiches müssen — befreit von allen normativistischen Konstruktionen — dem Richter Leit- und Richtsätze sein, aus den ewigen Quellen arteigenen deutschen Rechts das richtige Recht zu schöpfen.

StA. Adami, Berlin.

Dr. Hans Welzel: Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft. Mannheim 1935. Deutsches Druck- und Verlagshaus GmbH. 89 S. Preis 6 *RM*.

Der Wert der Erforschung geistiger Strömungen in vergangenen Epochen richtet sich danach, in welchem Umfang aus ihnen zukunftweisende Gedanken gefunden werden können. Weil die von Welzel dargestellten philosophischen Systeme ihre weltanschaulichen Grundlagen in der französischen Revolution von 1789 haben und uns deshalb für unsere Zeit und für unsere Aufgabe, ein nationalsozialistisches Strafrecht zu schaffen, nichts zu geben vermögen, erscheint der Wert der Welzelschen Arbeit schon aus diesem Grunde sehr problematisch. Gerade in der Gegenwart hat uns das Schicksal so ungeheure Aufgaben von unabsehbarer Tragweite gestellt, daß wir es uns nicht leisten können, versunkene Systeme vergangener Zeiten heraufzubeschwören und in wissenschaftlicher Arbeit zu durchforschen.

Es muß zugegeben werden, daß Welzel an sich durchaus zutreffend die Auswirkungen und damit auch die Schwächen der positivistischen Philosophie würdigt, aber Welzel betrachtet diese Erscheinungen gewissermaßen im luftleeren Raum geistiger Konstruktionen, in der chemischen Retorte einer grübelnden Intelligenz (also selbst mechanistisch-positivistisch!). Entscheidend aber kommt es darauf an, daß jede Philosophie wie auch alle anderen Kulturerscheinungen relativ in Beziehung auf die weltanschaulichen Grundlagen ihrer Zeit sind. Daher muß jede Betrachtung einer philosophischen Strömung von den weltanschaulichen Grundlagen ihrer Epoche ausgehen, weil nur so ein allumfassendes Begreifen und Verständnis einer philosophischen Einstellung überhaupt möglich ist. Diesem Erfordernis trägt Welzel nicht Rechnung.

Die Arbeit Welzels setzt einen philosophisch geschulten Hörerkreis voraus und wird nur in die Kreise der Intelligenz westlerischer Prägung Eingang finden. Dies allein vermag den außergewöhnlich hohen Preis des Buches zu rechtfertigen.

StA. Adami, Berlin.

Strafgesetzbuch. Textausgabe mit Verweisungen und Einarbeitung der zur Ergänzung des Strafgesetzbuchs ergangenen Gesetze und Verordnungen (Stand v. 1. Sept. 1935). Herausgegeben von Dr. jur. et rer. pol. **Leopold Schäfer**, Geh. RegR., Ministerialdirigent im Reichsjustizministerium. 4. Aufl. Berlin 1935. Verlag Franz Vahlen. 194 S. Preis 1,75 *RM*.

Die 4. Auflage dieses in der deutschen Rechtspraxis und bei den Studenten der Rechtswissenschaft bestens eingeführten Büchleins ist veranlaßt durch die 4. große Strafgesetznovelle v. 28. Juni 1935, die am 1. Sept. 1935 in Kraft tritt und neben zahlreichen sonstigen Änderungen 29 neue oder neu gefaßte und zum Teil sehr bedeutsame Paragraphen in das StGB. einstellt. Das Büchlein gibt einen zuverlässigen Text des StGB. und der zu seiner Ergänzung ergangenen Gesetze und VO. nach dem Stande v. 1. Sept. 1935.

Strafprozeßordnung. Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze. Textausgabe mit einer Einleitung, Verweisungen und Sachregister, unter besonderer Berücksichtigung der amtlichen „Richtlinien für das Strafverfahren". Herausgegeben von Dr. **Rudolf Lehmann**, MinR. im Reichsjustizministerium. Dritte Auflage. Berlin 1935. Verlag Franz Vahlen. 311 S. Preis geb. 2,70 *RM.*

Die von dem Strafprozeßreferenten im RJM. bearbeitete Ausgabe der StPO. liegt in neuer Auflage vor, welche die durch die große Novelle zur StPO. eingeführten umfassenden Neuerungen auf dem Gebiete des Strafverfahrens berücksichtigt. Die Ausgabe bringt neben einer Einleitung, die über die wichtigsten Vorschriften der Strafprozeßnovelle unterrichtet, den genauen Text der so einschneidend geänderten StPO., ferner den vollständigen Text des GVG. und zahlreiche prozessuale Nebengesetze. Die Neuerungen sind durch den Druck hervorgehoben, so daß dem Leser die Übersicht über das neue Recht erleichtert wird. Eine große Anzahl von Verweisungen erhöht den Wert der handlichen Ausgabe.

Schoetensack, Christians, Eichler: Grundzüge eines deutschen Strafvollstreckungsrechts. Denkschrift des Ausschusses für Strafvollstreckungsrecht der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht. (Schriften der Akademie für Deutsches Recht [Gruppe Strafrecht].) Berlin 1935. R. v. Deckers Verlag (G. Schenck). 124 S. Preis 5 *RM.*

Die vorliegende Schrift ist eine Arbeit des in diesem Frühjahr vom Präs. der Akademie für Deutsches Recht RMin. Dr. Frank eingesetzten Ausschusses für Strafvollstreckungsrecht. Die Akademie für Deutsches Recht bezweckt damit, der kommenden einheitlichen Strafgesetzgebung auch auf dem Gebiete der Strafvollstreckung und des Strafvollzugs durch Vorarbeiten zu dienen.

Die Schrift befaßt sich eingehend mit sämtlichen Fragen des Strafvollstreckungsrechts und seiner Grenzgebiete und berücksichtigt dabei sowohl die Erfahrungen aus der bisherigen Regelung in den Ländern als auch die neuen Gedanken des Straf- und Strafvollstreckungsrechts, die sich in den grundlegenden Novellen zum StGB. und zur StPO. niedergeschlagen haben. Damit erreichen die Verf. (Schoetensack, Christians und Eichler) eine anschauliche Darstellung des namentlich durch die Maßregeln der Sicherung und Besserung erweiterten Gebietes.

In Übereinstimmung mit dem geltenden Recht und § 2 EStVG. 1927 soll auch im kommenden Recht grundsätzlich die Staatsanwaltschaft Vollstreckungsbehörde bleiben, wobei diese auch die Maßregeln der Sicherung und Besserung zu vollstrecken hat (vgl. § 463 a StPO.). Obwohl die Vollstreckungsbehörde, soweit wie möglich, selbständig entscheiden soll — eine Anwendung des Führergrundsatzes auch auf diesem Gebiete —, ist dennoch daran festgehalten, ein unabhängiges Gericht dort einzuschalten, wo ein Bedürfnis für eine gerichtliche Entscheidung anerkannt wird (z. B. in Zweifelsfällen bei Auslegung einer strafgerichtlichen Entscheidung, bei Berechnung der Dauer der Strafe oder einer Maßregel der Sicherung und Besserung).

Bei Behandlung des Sinns und Zwecks des Vollzuges der Freiheitsstrafe wird dem Interesse der Volksgemeinschaft, den ihr lebensnotwendigen Rechtsfrieden aufrechtzuerhalten, grundlegende Bedeutung beigemessen. Die Strafe erscheint als nur eines der im Kampf gegen die Störungen des Rechtsfriedens möglichen Mittel, knüpft unmittelbar an die Schuld des Friedensstörers an und ist „nichts anderes als die Behandlung des Störers nach Maßgabe dieser Schuld, d. h. vom Standpunkte des strafenden Staates aus gesehen Vergeltung, vom Standpunkt des Störers aus gesehen Sühne".

Namentlich bei den Grundsätzen des Vollzugs berücksichtigt die Arbeit die bisherigen Erfahrungen in den einzelnen Ländern. Der Trennungsgrundsatz, d. h. die Masse der Gefangenen in Gruppen von einer im gewissen Sinne gleichartigen Zusammensetzung (z. B. nach dem Alter oder in Unterscheidung von Erstbestraften zu Vorbestraften) zu zerlegen und diese Gruppen voneinander zu sondern, die Haftform, die Differenzierung des Vollzugs (nach bisherigem Recht: Zuchthaus, Gefängnis, Festungshaft und Haft, wovon die Festungshaft voraussichtlich nur eine geringe Rolle im neuen Recht spielen wird), die Klassifikation, d. h. die im Gegensatze zum Strafvollzug in Stufen von vornherein unterschiedliche Behandlung von Gefangenen, wobei auch an einen verschärften Vollzug der Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe durch Richterspruch gedacht ist (§ 388 EStGB. 1933/1934), und der Strafvollzug in Stufen werden zum Teil ausführlich behandelt. Gerade bei dem Stufenstrafvollzug wird mit aller Deutlichkeit ein bisher oft anzutreffender grundlegender Fehler erkannt: daß man glaubte, den Gefangenen durch Aufzeigung lohnender und für ihn erreichbarer Ziele zu einer inneren Umstellung und zu einer auch nach der Entlassung noch wirkenden Selbstzucht bringen zu können. Damit wird diese Vollzugsart nicht abgelehnt, sondern nur vermieden, die Vergünstigungen des Stufenstrafvollzugs als Mittel zum Zweck der Erreichung einer inneren Wandlung hinzustellen. Der Gefangene soll vielmehr durch die Strafe, durch das Strafübel innerlich ergriffen und umgestellt werden.

Auf die Behandlung des Gefangenen durch die Beamten wird deshalb besonderes Gewicht gelegt. Durch deren vorbildliches Verhalten, durch „eine Atmosphäre der Sachlichkeit und Gerechtigkeit" soll neben dem Unterricht für Gefangene von noch nicht 20 Jahren eine Empfänglichkeit für die Strafe erzielt werden.

In der richtigen Erkenntnis, daß der Strafvollzug für den Gefangenen nicht alle Brücken zum Leben in der Freiheit abbrechen, die Beziehungen zu allem, was ihn später stützen und fördern kann, nicht vernichten darf, soll auf die spätere Erwerbstätigkeit schon während des Strafvollzugs Rücksicht genommen werden. Die Zuweisung von Arbeiten, die die Kenntnisse und Befähigungen der Gefangenen berücksichtigen, die Erteilung der Erlaubnis, sich Bücher und Zeitschriften, die ausschließlich der beruflichen Fortbildung dienen, zu beschaffen, u. ä. wird befürwortet.

Die Schrift, die eins der schwierigsten und für die Strafrechtspflege besonders wichtigen Gebiete mit auf große Erfahrung gegründeten und gesunden Erwägungen in Angriff nimmt, ist damit zu einer wesentlichen Stütze für die Gestaltung des kommenden Strafvollstreckungsrechts geworden. Darüber hinaus ist sie für jeden, dem eine wirksame Bekämpfung und nicht utopische Besserung der asozialen Elemente am Herzen liegt, von unmittelbarem Interesse.

StA. Dr. Krille, Dresden.

Statistik des Deutschen Reichs. Band 448: **Kriminalistik für das Jahr 1932.** Bearbeitet im Reichsjustizministerium und im Statistischen Reichsamt. Berlin 1935. Verlag für Sozialpolitik, Wirtschaft und Statistik GmbH. Preis 9 *RM.*

Schon in den früheren Besprechungen in der „JW." ist darauf hingewiesen worden, welch ungeheurer Fleiß und welche Gründlichkeit in diesem statistischen Werke stecken. Der Bd. 448 der Statistik des Deutschen Reichs gibt uns die Zahlen des Berichtjahres 1932. Es sind dies die Zahlen des letzten Jahres vor der Machtübernahme. Sie erfordern um so größere Beachtung, als sie später in Vergleich zu setzen sind mit den Zahlen von 1933 und den folgenden Jahren, die unter nationalsozialistischer Weltanschauung und unter dem Zeichen nationalsozialistischer Strafrechtspflege stehen.

Im Jahre 1932 betrug gegenüber 1931 die Zahl der Verurteilungen 566 042 (566 139), Freisprechungen 104 534 (103 850), Einstellungen des Verfahrens 23 433 (17 094). Die hohe Zahl der Kriminalität hält also in dem Berichtsjahr gegenüber den Vorjahren ihren Stand und beeinflußt durch die ungeheure Not der Arbeitslosigkeit (allein auf Diebstahlsdelikte entfielen 112 568 Verurteilungen), durch innerpolitische Schwierigkeiten und bolschewistische Zersetzungspolitik, 230 Fälle Hochverrat, 17 475 Fälle der Gewalt und Drohung gegen Beamte, 553 Totschlagsfälle, 43 134 vorsätzliche Körperverletzungen, 11 838 Verstöße gegen die Verordnungen zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen und politischen Terrors, 591 gegen Republikschutzgesetz und 9954 gegen das Schußwaffengesetz. Bezeichnend für die Handhabung der Strafrechtspflege unter den damaligen Regierungen ist es, daß nur eine einzige Verurteilung wegen Landesverrats erfolgte, obwohl das Verbrechen damals bei gewissen Parteien geradezu zum Dauerdelikt geworden war. Beachtung findet auch die Zahl der Kindesmorde und der Abtreibungen (4233), wobei zu bemerken ist, daß nur ein Teil der Abtreibungen zur Anklage kam, da man damals diesem verbrecherischen Treiben gegenüber große Milde walten ließ.

L.

Wehrstrafrecht. Militärstrafgesetzbuch, Militärstrafgerichtsordnung und Militärrichterdienststrafordnung. Textausgabe unter Berücksichtigung der zur Ergänzung ergangenen gesetzlichen Bestimmungen mit Verweisungen und Sachverzeichnis. Herausgegeben von Dr. **Richard Töpfer**, Landgerichtsrat in Leipzig. Berlin 1935. Verlag E. S. Mittler & Sohn. Preis geb. 6,50 *RM.*

Geschmackvolle Ausstattung, übersichtliche Druckanordnung und

erschöpfendes Stichwortregister empfehlen das Buch. Seiner ganzen Anlage nach könnte es gerade auch den nichtjuristischen Militärrichtern treffliche Dienste leisten. Leider ist es aber inhaltlich durch das Eingreifen des Wehrgesetzes und den dadurch bedingten organischen Umbau des Wehrstrafrechts in wichtigen Punkten überholt. Eine Neuauflage sollte, falls es ohne Preiserhöhung möglich, die Disziplinarstrafordnungen einbeziehen.

MinR. a. D. Geh. Kriegsrat Dr. M. Wagner, Berlin.

Wehrgesetzgebung. Sammlung der einschlägigen Vorschriften. Textausgabe mit Verweisungen und Sachverzeichnis. München 1935. C. H. Becksche Verlagsbuchh. 193 S. Preis kart. 2 *RM*.

Das im Taschenformat erschienene Bändchen enthält den Wortlaut sämtlicher bisher zum Wehrrecht ergangenen Vorschriften einschließlich der Musterungs-, Tauglichkeits- und Aushebungsbestimmungen sowie ein ausführliches Sachverzeichnis.

Dr. **Friedrich Stuhlmann**, Oberstleutnant, Bibliothekar an der Deutschen Heeresbücherei, und **Helmut Stange**, Referent an der Akademie für Deutsches Recht: **Wehrgesetz und Wehrmacht.** Text der wichtigsten die Wehrmacht betreffenden Gesetze nebst Erläuterungen sowie Arbeitsdienstgesetz. Berlin 1935. Albert Nauck & Co. 206 S. Preis geb. 4,80 *RM*.

Eine Besprechung des soeben erschienenen sehr beachtlichen Erläuterungswerkes war bis zum Redaktionsschluß nicht mehr möglich und wird alsbald gebracht werden.

Grotefend: Gesetzgebungsmaterial. Deutsche Reichs- und Landesgesetze, Verordnungen und Verfügungen. Herausgegeben von SenPräs. Dr. **Diepgen.** Düsseldorf. Druck und Verlag L. Schwann. Lose-Blatt-Ausgabe. 36. Lief.: 11. Heft 1935 Preis 1,80 *RM*; 37. Lief.: 12. Heft 1935 Preis 2 *RM*; 38. Lief.: 13. Heft 1935 Preis 2 *RM*.

In der bekannten und gewährten Darstellungsart enthalten die vorstehenden Lieferungen vor allem Gesetze, VO. und Bestimmungen aus dem Monat Mai 1935, so u. a.:

WehrG. vom 21. Mai 1935; VO. über Musterung und Aushebung vom 29. Mai 1935.

4. VO. des RArbM. über Zulassung von Zahnärzten und Dentisten zur Tätigkeit bei den Krankenkassen vom 9. Mai 1935; VO. des RArbM. für Arbeiten in Druckluft vom 29. Mai 1935.

Mehrere allgemeine Verfügungen des RJM. betr. Zusammenarbeit zwischen Justizbehörden und HJ., betr. Vergütungen für Referendare, betr. Aktenvernichtung, zur Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher.

Sieben weitere VO. aus der Zeit vom 14. Mai bis 24. Mai 1935 zur Wiedereinfügung der Verwaltung des Saarlandes in die Reichsverwaltung.

Dr. jur. **Ali Akbar Khan Daftary**, Legationssekretär der Kaiserlich Iranischen Gesandtschaft in Berlin: **Geschichte und System des iranischen Strafrechts nebst einer Übersetzung des iranischen Strafgesetzbuchs.** Bonn a. Rh. 1935. Ludwig Röhrscheid, Verlag. 260 S. Preis 9,50 *RM*. In den Rechtsvergleichenden Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft herausgegeben von Dr. Erich Schwinge, o. Prof. der Rechte an der Univ. Halle.

Dieses Buch hat das Strafrecht eines Volkes zum Gegenstand, mit dem uns Deutsche das Gefühl aufrichtiger Freundschaft verbindet. Die heldische Vergangenheit dieses Landes hat in deutscher Seele in allen Zeiten ganz besonderen Widerhall gefunden, weil es die Geschichte eines Volkes ist, dem wir uns im Blute und Geiste verwandt fühlen. Wenn irgend etwas dieses Gefühl aufrichtiger Zuneigung festigen und vertiefen konnte, so ist es der eigentümliche Gleichlauf ihres Schicksals nach dem Weltkrieg, das beide Völker dank großer Führerpersönlichkeiten aus nationaler Wirrnis zu Freiheit, Gleichberechtigung und neuer Geltung emporsteigen ließ. Der Wille zur Erneuerung, der in Iran unter der kraftvollen Führung Seiner Kaiserlichen Majestät Reza Schah Pahlavi alle Gebiete des staatlichen Lebens ergreift, hat auch eine Neugestaltung des Strafrechts zur Folge gehabt. Dieses neue Strafgesetzbuch von 1926 harrte bisher noch der wissenschaftlichen Bearbeitung, die der Verf. uns mit seinem Werke nunmehr vorlegt.

Das Buch gibt zunächst einen Überblick über die iranische Strafrechtspflege im allgemeinen, über die Rechtsquellen, die Auslegung, die Ausbildung der Justizbeamten, das Schrifttum, schließlich die Zuständigkeitsverteilung zwischen den einzelnen Gerichten. Weiter legt es die Hauptbesonderheiten des iranischen Verbrecherwesens dar und gibt einen in seiner Art einzig dastehenden Querschnitt durch die Erscheinungsformen der Straftaten im Orient. Besonders bemerkenswert sind die Zusammenhänge zwischen Klima und Verbrechen, Nomadentum und Verbrechen sowie Rasse und Verbrechen. In dieser Darstellung erscheint das iranische Volk als eine Gemeinschaft, dem soldatische Mannszucht, Unterordnung und Gehorsam im Blute stecken, das infolgedessen in seiner Neigung zur Begehung strafbarer Handlungen weit hinter andere Völker zurücktritt.

Es folgt die Darstellung der geschichtlichen Entwicklung dieses der Rasse nach urarischen Volkes, wobei der Leser alle Wechselfälle der politischen Geschichte des Landes miterlebt — die heldische ältere Zeit, den Einbruch des Islams, den Niedergang seit Beginn der Neuzeit bis zum englisch-russischen Vertrage von 1907, der das Ende der Selbständigkeit des Landes zu bedeuten schien, und schließlich den mächtigen Wiederaufstieg unter der klugen und kraftvollen Führung seines Staatsoberhauptes Schah Pahlavi. Für das Strafrecht bedeutet das den Weg von den Regeln des Avesta, des heiligen Buches aus der Zeit der Sassaniden (226 bis 636 n. Chr.), das seine Entstehung dem Propheten Zoroaster verdankt, zum „Brief des Tansar“, einer aus dem sechsten Jahrhundert stammenden Urkunde, die den ersten Versuch einer wissenschaftlichen Begründung des Strafrechts enthält; es folgt das religiöse Strafrecht des Korans mit seinen harten Strafsätzen und seinem verwickelten Beweisverfahren und schließlich das weltliche Strafgesetzbuch von 1926.

Im Mittelpunkt des Buches steht die Darstellung des geltenden Strafrechts, das bewußt den Anschluß an die Strafrechtsordnungen der europäischen Staaten gesucht hat, besonders Deutschlands und Frankreichs, und zwar in durchaus selbständiger Weise, die der Eigenart des Volkes gerecht wird. So findet sich in dem Gesetzbuch vieles, was in europäischen Rechten seinesgleichen nicht kennt, so etwa die Bestimmung, daß der Richter befugt sei, bei Zweifeln das mutmaßliche Mindestalter des Täters der Verurteilung zugrunde zu legen, eine Bestimmung, die notwendig ist, weil es in Iran erst seit etwa zehn Jahren Standesämter und Geburtsurkunden gibt.

Art. 3 bestimmt: „Der Täter muß das Gut, welches er durch die Gesetzesübertretung erlangt hat, wie z. B. gestohlene Sachen, zurückgeben. In jedem Falle muß er den Schaden ersetzen, den er verursacht hat.“

Die Strafe soll danach in erster Reihe Geschehenes ausgleichen; daneben soll sie den Täter und die Allgemeinheit abschrecken. — Der Anstifter wird gleich dem Helfer milder bestraft. — Auf Landesverrat steht die Todesstrafe, die bei Sonnenaufgang durch Erhängen auf einem öffentlichen Platze vor den Augen des Volkes vollstreckt wird. — Als Nebenstrafe kann auf Zeit dem Verurteilten auferlegt werden, seinen Wohnsitz an einem bestimmten Orte aufzuschlagen, in schwereren Fällen wird der Täter zwangsweise dorthin verbracht oder des Landes verwiesen. — Gewöhnliche Beleidigungen, unter deren Aburteilung der deutsche Richter leidet, wie Hausklatsch und Verbreitung von Gerüchten, werden nach iranischem Recht als Übertretungen bestraft; nur die öffentliche Beleidigung wird schwer bestraft. Hier wird der Begriff „Öffentlichkeit“ streng ausgelegt. — Anders z. B. bei der Erregung öffentlichen Ärgernisses durch unzüchtige Handlungen; in diesen Fällen genügt es, wenn fremde Leute zum Orte der Tat überhaupt Zutritt hatten. — Vom Betruge teilt sich ab die Zauberei mit einem besonderen Tatbestande. — Straffrei ist der Ehemann, der seine Frau auf frischer Tat ertappt und sie und den Liebhaber tötet.

Lehrreich ist, daß in Iran gleichgeschlechtliche Verirrungen meist nur in den Entwicklungsjahren als Übergangserscheinung vorkommen. Wir hoffen, daß in dieser Beziehung bei uns der neue § 175 a Nr. 3 StGB. segensreich wirken wird, indem er die deutsche Jugend vor Verführung bewahrt. — Sehr anregend sind die Darlegungen, die uns zeigen, wie menschlich und fortschrittlich der iranische Strafvollzug ist. Im besonderen Teil fällt die starke „Kasuistik“ in der Tatbestandsbildung auf, die darauf beruht, daß die Gerichte aus der islamischen Zeit zu Wortauslegung und Buchstabendienst neigen. Die Welt des Orients in ihrer ganzen Buntheit tritt uns entgegen in dem Abschnitt „Übertretungen“, der mit das Vielseitigste darstellt, was das Buch aufzuweisen hat.

Gerechtigkeit und Unparteilichkeit gelten auch in Iran seit Jahrhunderten als oberstes Gesetz der Strafrechtspflege. Aus

rauhen Zeiten wird berichtet: Um das Jahr 385 vor Christi Geburt herum wurden einige Richter der Rechtsbeugung überführt und zum Tode verurteilt. Den Hingerichteten wurde auf Befehl des Herrschers die Haut abgezogen und damit — nachdem sie gegerbt worden war — die Sessel des Gerichtshofs bezogen, auf daß spätere Richtergeschlechter für alle Zeit von einer Wiederholung derartiger Schandtaten abgeschreckt würden.

Wir sind dem Verf. zu Dank verpflichtet, daß er sein anregendes und lehrreiches Buch in deutscher Sprache verfaßt hat. Er hat uns damit die Möglichkeit gegeben, die Sitten und Gebräuche, aber auch den Stand der fortgeschrittenen Strafrechtswissenschaft in Iran kennenzulernen. Diese Gelegenheit sollte sich kein deutscher Rechtswahrer entgehen lassen.

RGR. Dr. Erich Schultze, Leipzig.

Prof. **Giuseppe Lo Verde: Die Lehre vom Staat im neuen Italien.** (Fachschriften zur Politik und staatsbürgerlichen Erziehung.) Berlin 1934. Junker und Dünnhaupt Verlag. 178 S. Preis kart. 6 *RM*.

Der Titel des Buches, das in der Reihe der von Prof. Ernst von Hippel herausgegebenen Fachschriften zur Politik und staatsbürgerlichen Erziehung erschienen ist, könnte vielleicht mißverständlich sein. Es handelt sich nicht etwa um eine Darstellung des gegenwärtigen Standes der italienischen allgemeinen Staatslehre, also der generalisierenden Wissenschaft vom Wesen und den Funktionen des Staates überhaupt. Das Buch befaßt sich vielmehr durchaus konkret mit dem Staatsgebilde, das der Faschismus in Italien geschaffen hat. Das Werk tritt aber nicht nur an die Seite der verschiedenen Arbeiten, die bereits in deutscher Sprache über den Aufbau der italienischen Staatsgewalt vorliegen, sondern der Verf., der Universitätsprofessor in Cagliari ist, hat darüber hinaus es sich zur Aufgabe gesetzt, mit dem Rüstzeug der Staatsrechtslehre eine wissenschaftliche Analyse der gegenwärtigen Regelung des italienischen Staatslebens und seiner wesentlichen Institutionen zu geben.

Bekanntlich verfügte der aus dem Fronterlebnis des Weltkrieges erwachsene Faschismus zunächst nicht über ein ausgearbeitetes politisches Programm. Daher ist zum Verständnis der Entwicklung des neuen Italien die Kenntnis von dem Ideengehalt, den geistigen Grundlagen der faschistischen Bewegung von besonderer Wichtigkeit. Es ist deshalb zu begrüßen, daß der Verf. der eigentlichen staatsrechtlichen Abhandlung eine Erörterung der moralischen Kräfte, die im Faschismus wirksam geworden sind, vorausschickt. Dieses Kapitel ist für uns Deutsche von besonderem Interesse, weil es die weitgehenden Parallelen in der Grundhaltung des Nationalsozialismus und des Faschismus erkennen läßt. Mussolinis Werk nahm seinen Anfang von dem Kerngedanken des Sozialismus, nämlich der Verbundenheit aller Schaffenden, den er aber von den der französischen Revolution entstammenden materialistischen Auffassungen loslöste. In soldatischem Geist verneinte er eine Gleichsetzung von Wohlstand und Glückseligkeit und stellte allen idyllischen Auffassungen des Daseins den Gedanken vom Leben als Drama entgegen. Wie es bei jedem Unternehmen einer Kulturerneuerung notwendig ist, so setzte sich auch der Faschismus eine Umformung des Menschen zum Ziel; unter Aufhebung des bisherigen Gegensatzes zwischen geistiger und körperlicher Ausbildung erstrebt er eine harmonische, kraftvolle Erziehung der Jugend. Eine Aussöhnung zwischen Staat und Kirche wurde vor allem deshalb gesucht, um auch das religiöse Gefühl unbeeinträchtigt als soziales Bindemittel nutzbar machen zu können.

Um die weltgeschichtliche Bedeutung der sozialen Ideen für die Bildung des Staatsbegriffs aufzuweisen, zeigt der Verf. ausgehend von dem Stadtstaat des klassischen Altertums über Feudalstaat und Weltbürgertum den historischen Prozeß, der im heutigen Nationalstaat seinen derzeitigen Abschluß gefunden hat. Lo Verde, der übrigens schon früher über die Entstehung der Staatstypen gearbeitet hat, kommt zu dem Schluß, daß der von einer festen politischen Doktrin geformte und geleitete Nationalstaat die einzige Staatsform sei, die geeignet wäre, die nötige geistige Einheitlichkeit zu gewähren, um der in einer Umwandlung begriffenen Gesellschaft den erforderlichen Halt zu bieten.

In dem staatsrechtlichen Hauptteil des Buches wird zunächst die rechtliche Stellung des Volkes behandelt. In eingehender Untersuchung werden die verschiedenen Formen, die bisher für die Willensbildung des Volkes und für die Ausübung der ihm als Staatsorgan zustehenden Befugnisse zur Anwendung gebracht worden sind, also die Fragen der Volksvertretung, des Wahlrechts, der Volksbefragung und der Volksinitiative, erörtert. Dem gegenübergestellt wird die ganz andere Art, wie der Faschismus versucht, das Volk als Ganzes mit dem Leben des Staates zu verknüpfen. Nach seinen verschiedenen sozialen Schichtungen wird das Volk von beruflichen, wirtschaftlichen und kulturellen Gesichtspunkten aus durch Berufsverbände, Miliz, Jugendorganisation und Feierabendwerk erfaßt. Dagegen ist dem Volk eine unmittelbare Einwirkung auf die Zusammensetzung des Abgeordnetenhauses genommen worden. Die Liste der künftigen Volksvertreter stellt der Faschistische Großrat an Hand von Vorschlägen der Verbände auf; der Abstimmung des Volkes unterliegt im Regelfalle nur diese Liste als Ganzes. Diese Regelung macht also in Ablehnung des auch in Italien degenerierten Parlamentarismus den Wahlakt zu einem Plebiszit, durch das das Volk Stellung zur gesamten Regierungspolitik nimmt. Die Ausführungen des Verf. zu diesen Fragen stellen einen beachtlichen Beitrag zu einer näheren Umgrenzung des neuzeitlichen Begriffs des Volksstaats dar.

Die faschistische Partei ist zu einer der grundlegenden Einrichtungen des italienischen Staatsleben geworden, deren sich die Regierung zur politischen und sozialen Aufklärung und Erziehung des Volkes bedient. Die unmittelbare Verbindung zwischen Partei und Staat ist durch den Faschistischen Großrat gegeben, in dem unter Führung des Regierungschefs das Direktorium der Partei mit den Vertretern der Spitzenorganisationen, der Politik und der Wehrmacht zusammengefaßt ist. Die Stellung dieses Staatsorgans behandelt der Verf. eingehend. Er erblickt auch in der Partei, über deren Rechtslage die Meinungen sehr geteilt sind, eine Staatseinrichtung, weil ihre gesamte Haltung von den Weisungen des Regierungschefs abhängig ist. Zu der besonders interessanten Frage der Stellung der verschiedenen Amtswalter der faschistischen Partei zu den entsprechenden Staatsbehörden bringt das Buch leider wenig Aufschluß; allerdings fehlt es wohl in dem italienischen Schrifttum selbst noch an geeigneten Vorarbeiten.

Naturgemäß hat der Verf. den Problemen der italienischen Wirtschafts- und Arbeitsverfassung einen weiten Raum eingeräumt. Insbes. geht er auf die staatsrechtlichen Fragen ein, die sich an den Nationalrat der Korporationen knüpfen, in dem alle Kräfte der Produktion vereinigt sein sollen, um die Gesamtheit der wirtschaftlichen Interessen des Landes zueinander ins rechte Verhältnis zu setzen. Die diesem höchsten Verwaltungsorgan der syndikalen und korporativen Ordnung zuerkannte Befugnis zur Rechtsetzung zeigt, daß die Lehre von der Trennung der Gewalten auch in Italien grundsätzlich fallen gelassen ist.

In kurzen Strichen wird ferner die Verwaltungsgliederung des italienischen Staates dargestellt, die der starken Regierungsgewalt entsprechend auch in den Provinzial- und Kommunalinstanzen eine straffe, zentralistische Organisation aufweist.

Bei der Erörterung des Verhältnisses von Staat und Kirche in Italien erkennt man, wie ungleich leichter es der faschistischen Regierung gegenüber der Lage in Deutschland war, die geistigen und politischen Werte der Religion den staatlichen Bestrebungen einzugliedern und als Formungselement des nationalen Bewußtseins einzusetzen.

Abschließend setzt sich der Verf. mit den verschiedenen Versuchen, die faschistische Staatsform vergleichend mit anderen Staatstypen in Beziehung zu setzen, auseinander. Er selbst bezeichnet den heutigen italienischen Staat als eine Abart, eine Ausgestaltung der parlamentarischen Monarchie. Ob einer solchen Abstempelung angesichts der tatsächlichen Machtverteilung und der ganz überragenden Stellung des Regierungschefs ein besonderer erkenntnisfördernder Wert beigemessen werden kann, mag dahingestellt bleiben.

Auch im übrigen haben einige der in dem Buch zur Erörterung gelangenden Streitfragen für den Nichtitaliener nur ein beiläufiges Interesse, zumal sie sich zum großen Teil bei der noch ausstehenden endgültigen Verfassungsreform, die insbes. noch über das Schicksal der Volksvertretung zu entscheiden haben wird, erledigen werden. Im Ganzen aber ist das Werk warm zu empfehlen, einmal weil gerade die Auffassung des Faschismus vom Staat den Schlüssel gibt für das Verständnis seines übrigen Gedankengutes, und weil ferner die Durcharbeitung des Buches klärend für die Erkenntnis wirkt, wieweit der Nationalsozialismus trotz seiner zahlreichen Parallelen zum Faschismus im Aufbau seines Staates andere, eigene Wege gegangen ist.

Das Buch zeichnet sich durch eine tiefgehende, alle Propagandistik meidende, echt wissenschaftliche Art aus und ist geistreich sowie — abgesehen von wenigen sprachlichen Unebenheiten — in einer anregenden, kaum fremde Akzente aufweisenden Sprache geschrieben.

OLGR. Dr. Roehrbein, Köln.

Die tschechoslowakische Strafprozeßordnung. Nebengesetze, Verordnungen und Erlässe samt den oberstgerichtlichen Entscheidungen. Bearbeitet von Prof. Dr. Foltin und Verwaltungsgerichtsrat Dr. Kneisel. Reichenberg. Verlag Gebr. Stiepel. Preis 250,— Kč.

Sicher nicht vor Torschluß, das wäre nämlich kurz vor der Legalisierung der seit Jahren vorbereiteten neuen tschechoslowakischen StPO., kommt eine ordentliche Bearbeitung des tschechoslowakischen Strafprozesses heraus. Abgesehen von Novellierungen und von den Nebengesetzen basiert bekanntlich der tschechoslowakische Strafprozeß in den sog. historischen Ländern auf der alten österreichischen StPO. vom 23. Mai 1853, wie die in der Slowakei auf den altungarischen Gesetzen. Nicht nur die Rechtsausgleichung — in der Tschechoslowakei gibt es sogar ein Unifikationsministerium, das aber ein ziemliches Scheindasein fristet —, sondern auch die Bedürfnisse eines jungen Staates lassen es nicht Genüge sein an den Novellierungen und Nebengesetzen, Verordnungen und Erlasse können nur schwer eine wünschenswerte innere Einheitlichkeit mit dem alten Massiv bewahren. Der Professor des Strafrechtes an der Deutschen Universität in Prag, Dr. Foltin, bekannt durch seine Arbeiten über das amerikanische Gefängniswesen, edierte allerdings bereits 1931 eine deutsche Ausgabe der StPO. für die Tschechoslowakei, diese konnte aber nur dem Studenten für die Prüfungen genügen, dem Praktiker und auch dem, der der Entwicklung des Strafprozesses in der Tschechoslowakei die entsprechende Aufmerksamkeit widmet und widmen muß, konnte diese kleine Ausgabe nicht genügen. Durch die weitere Ausführung der Anmerkungen und durch die Einführung einer sehr gründlichen Bearbeitung der Entscheidungen ist den Bedürfnissen endlich Genüge getan.

Bezüglich der Entscheidungen wurde die gesamte, bisher in deutscher Sprache nicht veröffentlichte, sehr reichhaltige Rechtsprechung des ObGer. in Brünn seit dem Jahre 1914 bis Mitte 1934 möglichst lückenlos erschlossen. Dabei wurden aber auch einzelne Entscheidungen des ehemaligen ObGer. und Kassationshofes in Wien berücksichtigt, wenn sie eine grundlegende Bedeutung haben. Bei zahlreichen Entscheidungen zu einzelnen Paragraphen, wie auch sonst, ist die Systematik des Buches so ausgezeichnet zu nennen, daß das Werk über eine normale Gesetzesausgabe hinausgehoben wird. Es ist als solches auch für den ausländischen Juristen, der die Entwicklung des Strafprozesses in den österreichischen Nachfolgestaaten und überhaupt beobachtet, eine erfreuliche Zusammenfassung und Verarbeitung. Besonders für den reichsdeutschen, der vielleicht an der Abfuhr der deutschpolitischen Strafverfahren in den letzten Jahren mit ihren auch in das Deutsche Reich spielenden Nebenerscheinungen Interesse nahm.

Advokat Dr. Stark, Prag.

Dr. jur. Alex Meyer, ORegR.: Völkerrechtlicher Schutz der friedlichen Personen und Sachen gegen Luftangriffe. Das geltende Kriegsrecht. (Verkehrsrechtliche Schriften IV.) Königsberg i. Pr. und Berlin 1935. Ost Europa Verlag. Preis kart. 12 *RM*.

Die deutschen Schriften der Nachkriegszeit über Luftkriegsrecht stehen in keinem Verhältnis zu der Bedeutung, die der Luftkrieg für Deutschland als einem im Herzen Europas gelegenen Staat besitzt. Man kann sie an den Fingern einer Hand auszählen. Demgegenüber sind der Engländer Spaight, die Amerikaner Garner, Moore und Rohse und der inzwischen verstorbene Vater des Luftrechts, Fauchille, nicht müde geworden, den Regeln des Luftkriegsrechts ihre Betrachtungen zu widmen.

Meyer kommt in seinem Buche nach einer allgemeinen Untersuchung über den Nutzen und die Verwendungsmöglichkeit der Flugzeuge im Kriegsfalle, über Kampfzwecke und Kampfmittel, Luftabwehr und Luftschutz, zu den völkerrechtlichen Auffassungen über die Kriegsführung. Die auf Rousseau zurückkehrende Anschauung, daß der Krieg eine Beziehung von Staat zu Staat, nicht von Mensch zu Mensch sei, die auch den auf den beiden Haager Friedenstagungen geschlossenen Völkerrechtsabkommen zugrunde liegt, ist von den angelsächsischen Völkern nicht anerkannt worden. Für sie ist der Krieg nicht ein Waffengang der Heere, sondern eine Auseinandersetzung der Völker selbst, die auch Gewaltmaßnahmen gegen Nichtkriegführende zuläßt, soweit sie zur Erreichung des Kriegszieles der Niederringung des Gegners lebensnotwendig sind. Diese Auffassung hat im Weltkrieg immer mehr an Boden gewonnen. Der Wirtschaftskrieg hat sogar in Art. 16 der VBSatzung als Kriegsmittel Anerkennung erfahren.

Das Trümmerfeld des Luftkriegsrechts, das der Weltkrieg zurückließ, darf aber nicht dazu führen, den Dingen ihren Lauf zu lassen und damit die nichtkriegführende Bevölkerung ihrem Schicksal preiszugeben. Ein gesundes Rechtsempfinden wird stets zwischen friedlichen und nichtfriedlichen Personen und Sachen scheiden. Meyer geht von dem alten objectif militaire der Küstenbeschießungslehre aus, die im Gegensatz zur Landkriegsordnung auch die Beschießung von Anlagen in unverteidigten Orten zuließ, die dem Feinde dienen konnten. Deutschland hat im Krieg zunächst nur solche Städte von der Luft aus angegriffen, die nach den Regeln des Land- und Seekriegsrechts der Beschießung ausgesetzt waren, d. h. Städte und Ortschaften des inneren Kriegsschauplatzes sowie Festungen. Infolge der Angriffe auf das deutsche Hinterland wurden später auch weiter entfernt liegende Orte beschossen, wobei jedoch darauf geachtet wurde, daß nur solche Orte zum Ziel des Angriffs genommen wurden, die als Stützpunkte der feindlichen Kriegsführung einwandfrei bekannt und mithin Ziele von militärischem Wert waren. Im Verlaufe des Krieges wurde der selbständige Luftangriff von allen Kriegführenden als zulässig angesehen, und zwar nicht nur gegen die feindlichen Streitkräfte, sondern auch gegen alle im Hinterland befindlichen militärischen Ziele zum Zwecke der Zerstörung. Dem hat 1922 auch der Haager Rechtskundigenausschuß Rechnung getragen, wenn er als objectif militaire jedes Angriffsziel bezeichnet, dessen völlige oder teilweise Zerstörung dem Kriegführenden einen offenen militärischen Vorteil bietet. Im Schrifttum hat Spaight alle Personen und Sachen, die eine todbringende Eigenschaft besitzen, für beschießungsfähig erklärt, worunter nach seiner Auffassung auch Arbeiter in Waffenfabriken, Hochöfen, Stahl- und Walzwerke, Brennstofferzeugungsanlagen fallen.

Meyer bezeichnet alle die Personen und Sachen als friedlich, die zu dem Erfolg der Kampfhandlungen entweder überhaupt in keinem oder in keinem angemessenen Ursachenzusammenhang stehen. Von diesem Anknüpfungspunkt aus untersucht er bei Schiffen und Luftschiffen, bei Sachen und natürlichen Personen die Friedlichkeit. Wenn die Betrachtungsart auch vom Standpunkt der Wissenschaft aus bedenkenfrei ist, so scheint mir bei ihr doch der Nachteil darin zu liegen, daß der einzelne Kampfteilnehmer nicht der Mann dazu ist, den Maßstab des angemessenen Ursachenzusammenhangs anzulegen. Er müßte schon rechtskundig sein oder aber die Ergebnisse, die der Verf. gefunden hat, kennen. Eine regelrechte Aufzählung der verbotenen Kampfziele und Kampfmittel — wie sie verschiedentlich versucht worden ist — bleibt daher auch heute noch der Erwägung wert.

Da nach dem geltenden Kriegsrecht weder die Benutzung von Luftfahrzeugen zu Kampfzwecken noch das Abwerfen von Geschossen aus Flugzeugen verboten ist, so ist ein unbedingter Schutz der friedlichen Personen und Sachen nicht zu erreichen. Meyer zählt die auf Grund des geltenden Kriegsrechts geschützten friedlichen Personen und Sachen auf. Die Kriegsregeln sind dürftig genug. Was nützt es, wenn nach der Haager Landkriegsordnung keine vernichtenden Kampfhandlungen gegen das Leben friedlicher Personen gerichtet werden dürfen, andererseits aber die angelsächsische Kriegsauffassung diesen Satz nicht achtet?

Jedenfalls sind sowohl auf dem Lande wie zur See und in der Luft die meisten Sätze des Kriegsrechts umstritten. Das gleiche gilt für die Kampfmittel. Und so erweist das Buch, daß eine Festlegung von Regeln durch völkerrechtliche Abmachungen ein Gebot unserer Zeit ist. An dem vorhandenen Zustand Kritik zu üben und Vorschläge für eine Neugestaltung zu machen, soll Aufgabe einer weiteren Abhandlung sein, die der Verf. in Aussicht stellt.

RA. Dr. K. Volkmann, Düsseldorf.

Tomforde-Diefenbach-Webler: Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter im In- und Auslande. Vierte umgearb. Aufl. Berlin 1935. Carl Heymanns Verlag. 266 S. Preis geb. 8 *RM*.

Die neue Auflage des bekannten, weitverbreiteten Büchleins wird von den Beteiligten, den Berufsvormündern, Anwälten und allen denen, die sonst mit der Betreuung unehelicher Kinder zu tun haben, lebhaft begrüßt werden. Die in den fünf Jahren seit der letzten Auflage in verschiedenen Ländern eingetretenen, ziemlich zahlreichen Rechtsänderungen sind, soweit sich nach Stichproben beurteilen läßt, mit großer Sorgfalt und Gründlichkeit nachgetragen. Auch sonst zeigt der Vergleich der beiden Auflagen überall die sachkundige, stets um Verbesserung und Vervollkommnung bemühte Hand. Auf gedrängtem Raum bringt das Büchlein eine erstaunliche Fülle internationalrechtlichen, für den einzelnen Praktiker meist gar nicht faßbaren Materials und ebenso eine Fülle wertvoller praktischer Ratschläge. Wenn auch das Werk für denjenigen, der sich wissenschaftlich mit dem einschlägigen ausländischen Recht befassen will, selbstverständlich nicht ausreicht, so wird doch auch er das Buch wegen der Quellenangaben und Schrifttumsnachweisungen zur ersten Einführung mit großem Nutzen zur Hand nehmen.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

Rechtsprechung

Reichsgericht: Zivilsachen

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht
Justizrat Dr. Kaiser und Huber

****1.** §§ 242, 812, 818 BGB. Bei der aus rein objektiven Tatsachen zu beurteilenden Frage der Bereicherung spielen subjektive Umstände, wie der Umstand, daß der Besteller des die Bereicherung bildenden Werkes bei der Planung der Anlage einen Fehler gemacht hat, an und für sich keine Rolle. Die Anwendung des § 242 kann aber doch dazu führen, daß die nachteiligen Folgen des Fehlers dem Besteller aufzubürden sind. Solche Aufbürdung ist jedoch nicht angezeigt, wenn der Fehler nur auf Fahrlässigkeit beruht, der Unternehmer hingegen auf den Bereicherungsanspruch deshalb beschränkt ist, weil er durch arglistige Täuschung die Anfechtbarkeit des Werkvertrages herbeigeführt hat.†)

Die Bekl. hatte der Kl. die Ausführung eines Bauwerks übertragen. Sie hatte dann nach Ausführung der Arbeiten den Bauvertrag mit Erfolg wegen arglistiger Täuschung angefochten. Die Kl. klagte aus ungerechtfertigter Bereicherung. Es blieb schließlich ein Betrag von 14396 *RM* streitig. Diesen Betrag sprach das BG. zu. RG. hob auf und verwies zurück.

Gegenwärtig kommt nur noch derjenige Betrag in Frage, den die Bekl. von dem Bereicherungsanspruch der Kl. wegen Zerstörungen des Uferbetons kürzen zu können glaubt. Es handelt sich um solche, namentlich infolge Hochwassers eingetretene, Zerstörungen unmittelbar unterhalb des Wehres, die die Bekl. auf unsachgemäße Arbeit der Kl. zurückführt, aber auch abgesehen davon im Hinblick auf die ihr durch ihre Beseitigung erwachsenen Aufwendungen als den Wert der Werkleistung der Kl. für sie und damit ihre Bereicherung mindernd betrachtet. Das BG. sieht als erwiesen an, daß die Uferschäden nicht auf mangelhafter oder vertragswidriger Ausführung der Arbeiten der Kl. beruhten, die den Wert der Anlage von vornherein gemindert hätte, und erachtet auch den Abzug der Bekl. nicht aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB.) für begründet, weil die Schäden erst nach Rechtshängigkeit des Klageanspruchs eingetreten seien.

Mit ihrer Rev. weist die Bekl. darauf hin, daß die Vorinstanz zu Unrecht auf die Frage Gewicht lege, ob die Kl. die fraglichen Schäden zu vertreten habe, daß es sich vielmehr, namentlich angesichts der von der Kl. selbst geltend gemachten, von der Bekl. aus Ersparnisgründen gewünschten möglichst billigen und einfachen Art der Uferbefestigung, um eine den Wert der Gesamtanlage von vornherein mindernde Ausführung des Werkes handle, für deren zur Feststellung der Bereicherung der Bekl. vorzunehmende Beurteilung der mehr oder minder zufällige Zeitpunkt des Eintritts der späteren Zerstörungen ohne Bedeutung sei, so daß der Wegfall einer ursprünglich gegebenen Bereicherung überhaupt nicht in Betracht komme. Richtig ist hieran zunächst, daß die vom BG. erörterte Frage des durch die Uferschäden bedingten Wegfalls der ursprünglichen, in der Lieferung der Wasserkraftanlage begründeten Bereicherung der Bekl. für die Entsch. des Streitfalls — auch unabhängig von der Rechtshängigkeit des Bereicherungsanspruchs — keine Rolle spielt. Denn die unzureichende Beschaffenheit der Uferbefestigung war ein dem Werk von vornherein anhaftender Mangel, dessen zeitliches Zutagetreten rechtlich ohne Bedeutung ist. Das angef. Urt. geht weiterhin insofern bei seiner Entsch. von grundsätzlich rechtsirrigen Erwägungen aus, als es die Frage, ob durch die von der Bekl. selbst gewünschte besonders billige Ausführung der Uferbefestigung der Wert der Gesamtanlage vermindert worden ist, für unerheblich erklärt und die Tatsache, daß die Kl. das Werk vertragsgemäß ausgeführt hat, genügen läßt, ihr ohne Rücksicht auf eine etwaige Wertminderung der Gesamtanlage die vollen Gestehungskosten für ihre Arbeiten zuzusprechen. Dabei wird übersehen, daß der Klageanspruch infolge der festgestellten Nichtigkeit des Werkvertrags eben auf die Vertragsgrundlage nicht gestützt werden kann, vielmehr allein auf der Bereicherung der Bekl. beruht, für deren Feststellung aber bei Unmöglichkeit der Herausgabe des Erlangten nach § 818 Abs. 2 BGB. der Wert der empfangenen Leistung i. S. des objektiven Wertes als des gemeinen Verkehrswertes (RGRKomm. z. BGB. § 818 Anm. 6) maßgebend ist, Erwägungen auf Grund des Inhalts der vertraglichen Parteiberedungen aber auszuscheiden haben. Subjektive Umstände spielen bei der aus rein objektiven Tatsachen zu beurteilenden Frage der Bereicherung an und für sich keine Rolle. Es kommt daher nicht darauf an, daß die Bekl. selbst die Art der Uferbefestigung veranlaßt hat, sondern wesentlich ist nur, um wieviel durch die Art der Uferbefestigung der Gesamtwert der von der Kl. erstellten Leistung bei ihrer Ablieferung als gemindert anzusehen war. Dieser Minderwert ist nicht ohne weiteres gleichbedeutend mit dem Betrage der zur Beseitigung der Mängel erforderlich gewordenen Aufwendungen, sondern muß — gegebenenfalls unter Zuziehung neuer Sachverständiger — durch den Vergleich mit dem Wert einer fehlerfreien Gesamtanlage ermittelt werden.

An diesem Ergebnis vermögen auch Erwägungen auf Grund von § 242 BGB. in dem Sinne, daß angesichts der von der Bekl. selbst aufgestellten Planung die Aufbürdung ihrer nachteiligen Folgen auf die Kl. gegen Treu und Glauben verstoße — obwohl solche Erwägungen auch bei Bereicherungsansprüchen nicht grundsätzlich auszuschließen sein würden —, um deswillen nichts zu ändern, weil der Bekl. bei der verfehlten Planung höchstens Fahrlässigkeit zur Last fiele, die Kl. aber durch arglistige Täuschung selbst die Anfechtbarkeit des Werkvertrages herbeigeführt hat und danach, obwohl sie bei Rechtswirksamkeit des Vertrages volle Bezahlung trotz der Mängel des Werks zu beanspruchen gehabt hätte, nicht der Bekl. die Verletzung von Treu und Glauben entgegenhalten kann, wenn diese sich gegenüber der Bereicherungsklage auf den tatsächlichen Zustand des Werkes beruft.

(U. v. 3. Mai 1935; VII 400/34. — Stuttgart.) [H.]
<= RGZ. 147, 396.>

Anmerkung: Die Entsch. ist im Ergebnis, jedoch nicht durchweg in der Begr. zu billigen. Sie enthält zwei juristische Leitsätze.

1. Zwar wird nicht ausdrücklich erklärt, daß die Anwendung subjektiver Momente innerhalb der objektiven Seite der Bereicherungsprüfung gerechtfertigt ist, jedoch läßt die Entsch. erkennen, daß der Grundsatz des § 242 BGB. nach Ansicht des RG. im konkreten Fall durchaus ein solches Ergebnis rechtfertigen könne. Insbes. könne dies in einem solchen Falle recht und billig sein, wo ein fahrlässiges Verhalten des Bereicherten bei Entstehung der Bereicherung kausal für eine spätere Wertminderung des Bereicherungsobjektes ist. Treu und Glauben sollen dann also rechtfertigen, daß der Bereicherte mit dem Einwand des Wegfalls der Bereicherung nicht gehört werden darf, soweit er schuldhaft selbst den Wegfall der Bereicherung herbeigeführt hat. Dieses Ergebnis widerspricht m. E. aber dem klaren Wortlaut und Aufbau des Gesetzes. Schrifttum und Rspr. haben bisher auch ganz allgemein auf Grund des § 818 BGB. das Vorhandensein einer Bereicherung lediglich nach objektiven Momenten geprüft. Die obige Entsch. hat selbst ein entsprechendes Zitat angeführt, nämlich RGRKomm. § 818 Anm. 6 (vgl. ferner Staudinger, Anm. 5a zu § 818 BGB. und die dort zitierte Literatur). Es ist weder aus dem Urteil noch sonst ein Grund ersichtlich, warum dieser allgemein anerkannte Grundsatz aufgegeben wird.

Aus § 242 BGB. kann er auch nicht entnommen werden. Der Gesetzgeber hat nämlich den Billigkeitsgedanken bereits selbst in

den Gesetzesinhalt aufgenommen. In § 818 Abs. 1 und 2 BGB. ist die objektive Seite des Umfangs des Bereicherungsanspruches kodifiziert, in § 818 Abs. 4 und § 819 BGB. die subjektive Seite. Danach ist also davon auszugehen, daß der Bereicherte nur das herauszugeben braucht, bzw. nach § 818 Abs. 2 BGB. einen entsprechenden Werterfatz leisten muß, was er durch die ungerechtfertigte Leistung wirtschaftlich als Bereicherung erlangt hat. Soweit sich der Wert der Bereicherung im Laufe der Zeit bis zur Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs gemindert hat, kann sich der Bereicherte auf den Wegfall der Bereicherung berufen. Aus welchem Grunde dieser Wegfall der Bereicherung eingetreten ist, ob auf Grund eines kausalen Verhaltens des Bereicherten oder aus sonstigen Gründen, ob der Bereicherte dabei schuldhaft gehandelt hat oder nicht, ist grundsätzlich völlig gleichgültig (vgl. RG. vom 13. April 1908: JW. 1908, 404 ff.; ferner die zahlreich bei Staudinger zitierte Literatur in Anm. 5a zu § 818). Der Gesetzgeber geht also grundsätzlich davon aus, daß der Bereicherte mit dem in seinem Vermögen befindlichen Bereicherungsobjekt nach Belieben verfahren kann. Es wird die Rechtslage so angesehen, als wenn er lediglich sein eigenes Vermögen beschädigt. Dies soll jedoch nach der Vorschr. des § 818 Abs. 4 BGB. und § 819 BGB. dann nicht gelten, wenn der Bereicherte entweder positiv weiß, daß er eine Leistung ungerechtfertigt empfangen hat oder mit deren Annahme gegen die guten Sitten verstößt, bzw. soll er dann auch als bösgläubig betrachtet werden, wenn der Bereicherungsanspruch gegen ihn rechtshängig gemacht wird. Also lediglich die Kenntnis oder die Möglichkeit der Kenntnis der Herausgabepflicht ist dasjenige subjektive Verhalten, was dem Bereicherten nach dem Wortlaut des Gesetzes zugerechnet werden kann. Eine vorsätzliche oder fahrlässige Wertminderung des Bereicherungsobjektes soll nur dann nach dem Willen des Gesetzes zu Lasten des Bereicherten gehen, wenn er weiß oder wissen kann, daß eine Rückgewährpflicht gegenüber einem Dritten besteht, die durch sein Verhalten verletzt wird. Vorher liegt also niemals ein „Verschulden“ in der Sprache des Gesetzes vor, da man diese Rechtsbegriffe erst dann anwenden kann, wenn die Rechtspflicht gegenüber einem Dritten verletzt wird. Der in der vorstehenden Entsch. entwickelte Rechtsstandpunkt des RG. würde nun zu dem dem Gesetz widersprechenden Ergebnis kommen, daß der Bereicherte vorsätzliche oder fahrlässige Verletzungen des Bereicherungsobjektes gegen sich gelten lassen müßte, als hätte er das Vermögen eines Dritten geschädigt, obwohl der Bereicherte niemals damit gerechnet hatte noch rechnen konnte, daß Ansprüche Dritter hinsichtlich des Bereicherungsobjektes bestanden. Mit der in den §§ 818 Abs. 4 und 819 BGB. vorgenommenen Hereinziehung subjektiver Momente in das Bereicherungsrecht hat der Gesetzgeber zugleich das Maximum dessen bestimmt, was an subjektivem Verhalten dem Bereicherten entgegenzuhalten sei. Der Gesetzgeber hat also hier bereits den Gedanken der Billigkeit und von Treu und Glauben berücksichtigt. Eine Anwendung des § 242 BGB. in dem hier vom RG. gewollten Sinne, daß ein gutgläubig Bereicherter fahrlässige Wertminderung des Bereicherungsobjektes zu seinen Lasten gehen lassen müßte, würde also m. E. dem Gesetzeswortlaut widersprechen und hier um so unbilliger sein, als dem Bereicherten lediglich fahrlässiges Verhalten vorgeworfen wird. Der Ansicht des RG. hinsichtlich der Anwendung subjektiver Momente im Rahmen der objektiven Seite des Bereicherungsrechts ist daher nicht zu folgen.

2. Der zweite Rechtsgedanke, den das RG. hier entwickelt, ist zu begrüßen. Wer arglistig gegenüber einem anderen handelt, kann sich bei der Schadensausgleichung nicht auf Treu und Glauben berufen. Wer selbst seine Treupflicht gegenüber einem Volksgenossen verletzt, kann nicht für sich Treu und Glauben in Anspruch nehmen. Andererseits liegt dieser Rechtsgedanke ja jeder Entsch. des Gerichts zugrunde. Infolgedessen wird das Gericht ein Rechtsverhältnis immer so beurteilen, daß es eine i. S. von § 242 BGB. gerechte Lösung fällt. Die Anwendung dieser Best. wird dann eine unter der Berücksichtigung der Arglist der einen Partei gerechte Entsch. herbeiführen.

RA. Dr. **Rilk**, Berlin

*

2. § 254 BGB.; § 1 RHaftpflG. **Daß die Ein- und Aussteigeöffnung der Plattform eines Straßenbahnwagens während der Fahrt nicht gegen ein Hinausstürzen der Fahrgäste gesichert ist, bedeutet zwar kein Verschulden des Bahnunternehmers, wohl aber eine erhebliche Steigerung der Betriebsgefahr. Diese Steigerung ist bei Abwägung gemäß § 254 in Betracht zu ziehen. Für eine Schuld des Hinausgestürzten und für deren Ursächlichkeit ist der Unternehmer durchweg beweispflichtig. Absturz infolge einer Ohnmacht ist bei solcher Lage nicht als höhere Gewalt zu erachten.** †)

Der Kl. fuhr im Dez. 1932 auf einem Wagen der von der Bekl. betriebenen Straßenbahn. Die Ein- und Aussteigeöffnung der hinteren Plattform, auf welcher er mit etwa 7—9 anderen Personen stand, war weder durch eine Tür noch durch eine sonstige Sperrvorrichtung gesichert. Während der Wagen in gerader Strecke mit einer Geschwindigkeit von etwa 12 km in der Stunde fuhr, stürzte der Kl. zu der Öffnung hinaus, wie unterstellt wird, infolge eines Ohnmachtsanfalles.

BG. wies seine Schadensklage ab. RG. hob auf und verwies zurück.

Der Kl. hat ein Verschulden der Bahn darin erblickt, daß die Ein- und Aussteigeöffnung der hinteren Plattform weder durch eine Tür noch durch eine sonstige Sperrvorrichtung gesichert gewesen sei. Das BG. hat das aber für zulässig, üblich, von der Aufsichtsbehörde genehmigt und durch die Verhältnisse im städtischen Straßenbahnverkehr bei einer Geschwindigkeit bis zu 30 km für geboten erachtet und deshalb ein Verschulden der Bekl. und damit eine Haftung aus Beförderungsvertrag und unerlaubter Handlung verneint. Die von der Rev. erbetene Nachprüfung ergibt keinen Rechtsirrtum des BU. in diesem Punkte. Es kann zwar dem BG. darin nicht beigetreten werden, daß eine solche Sicherung praktisch unmöglich sei. Immerhin ist sie für einen lebhaften Verkehr mit erheblichen Unbequemlichkeiten verknüpft, das Publikum hat sich an das Nichtverschließen gewöhnt und richtet sich im allgemeinen darauf ein, es ist weit überwiegend üblich, Unglücksfälle werden dadurch verhältnismäßig selten herbeigeführt, die Aufsichtsbehörden dulden es. Deshalb stellt es in der Regel kein Verschulden dar, wenn der Bahnunternehmer dieser Übung folgt. Allerdings ist zu beachten, daß die Betriebsgefahr dadurch erheblich gesteigert und daß das bei einer etwa vorzunehmenden Abwägung dieser Betriebsgefahr und eines mitwirkenden Verschuldens als Ursache eines Unfalls zu beachten ist. Auf diesem Standpunkt steht auch die bisherige Rspr. des RG. (vgl. Entsch.: VI 432/33 v. 1. März 1934 S. 7 und die dort angef. Entsch.). Dafür, daß hier etwa besondere Verhältnisse vorgelegen haben, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, ist nichts ersichtlich.

Das BG. verkennt nicht, daß der Unfall des Kl. ein Betriebsunfall i. S. des § 1 RHaftpflG. ist und daß die Bekl. daher an sich für die Folgen des Unfalls zu haften hat. Es nimmt aber weit überwiegendes Verschulden des Kl. an und hat ihm deshalb jeden Anspruch versagt. Dabei verkennt es nicht, daß Verschulden des Verletzten nicht ohne weiteres jeden Anspruch ausschließt, sondern daß Betriebsgefahr und Verschulden gemäß § 254 BGB. gegeneinander abzuwägen sind. Mindestens ein ganz schiefer Ausdruck ist es aber, wenn das BG. sagt, ausschließlich die Unvorsichtigkeit des Kl. habe den Unfall verursacht. Denn daß in jedem Falle die Betriebsgefahr hier sehr wesentlich mitgewirkt hat, kann nach Lage der Sache nicht zweifelhaft sein. Das BG. hat anscheinend nur sagen wollen, daß das Verschulden in weit höherem Maße den Unfall verursacht habe. Seine Ausführungen geben aber auch Anlaß zu erheblichen Zweifeln darüber, ob das BG. durchweg von zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen ist. Einmal fehlt jede Erörterung darüber, daß die Betriebsgefahr hier nach den obigen Ausführungen sehr erheblich gesteigert war und daß diese Steigerung bei der Abwägung wesentlich in Betracht zu ziehen war. Es liegt daher nahe, daß dieser Punkt von dem BG. nicht erwogen worden ist. Es ergeben sich weiter aber auch Zweifel in der Richtung, ob das BG. sich darüber klar gewesen ist, daß der Bekl. die Pflicht obliegt, durchweg das Verhalten des Kl., in dem die Schuld des Kl. erblickt wird, und seine Ursächlichkeit für den Unfall zu erweisen. (Wird näher ausgeführt.) Als höhere Gewalt könnte hier nach Lage der Umstände eine Ohnmacht des Kl. nicht erachtet werden. Denn der Absturz infolge der Ohnmacht hätte durch Anbringung einer Sicherung an der Öffnung verhindert werden können, und diese Anbringung wäre durchaus zumutbar gewesen, wenn auch ihre Nichtanbringung nicht als Fahrlässigkeit zu werten ist.

(U. v. 29. April 1935; VI 33/35. — Düsseldorf.) [H.]

Anmerkung: Es ist hier nicht der Ort, um das Wesen der „gesteigerten“ oder „erhöhten“ Betriebsgefahr zu untersuchen, die bekanntlich kein festgelegter Rechtsbegriff ist, sondern von dem RG. nach dem Inkrafttreten des BGB. dadurch geschaffen worden ist, daß für das Gebiet des § 1 RHaftpflG. die §§ 254, 846 BGB. angewandt wurden. Das RG. hat in ständiger Rspr. diese Paragraphen des BGB. nicht nur bei mitwirkendem Verschulden der Bahn und des Verletzten, sondern auch auf solche Fälle angewandt, in denen neben eigenem Verschulden des Verletzten lediglich die Betriebsgefahr für den Unfall ursächlich war.

Diese Rspr. muß insoweit bekämpft werden, als dem Eisenbahnunternehmer, unter Berufung auf eine angeblich „gesteigerte“ oder „erheblich gesteigerte“ Betriebsgefahr, auch bei grobem Verschulden des Verletzten ein Teil des Schadens auferlegt wird. Mit Recht haben namentlich mehrere OLG. wiederholt die Schadensersatzklage des Verletzten, trotz erheblich gesteigerter Betriebsgefahr, gänzlich abgewiesen, wenn das eigene Verschulden des Verletzten so groß war, daß demgegenüber die Gefährlichkeit des Betriebes nicht in Betracht kam. Nun versucht das RG. in dem vorl. Urteil, dem Eisenbahnunternehmer dadurch wenigstens einen Teil des Schadens aufzubürden, daß es ihm eine Beweislast aufzwingt, die sich über einwandfreie Erfahrungen im Verkehrsleben ebenso hinwegsetzt, wie über die von jedem Reisenden nun einmal zu verlangende Sorgfaltspflicht. Die beklagte Straßenbahneigentümerin (es handelt sich um eine bedeutende Industriestadt im Westen, deren Bauart nur die Verwendung von kleineren, leichten Straßenbahnwagen zuläßt) hat, wie das OLG. feststellt, bei ihrer Straßenbahn die Ein- und Aussteigeöffnung der hinteren Plattform weder durch eine Tür, noch durch eine sonstige Sperrvorrichtung gesichert, weil die Offenhaltung bei dem lebhaften Verkehr geboten, im übrigen auch üblich und von der Aufsichtsbehörde genehmigt war. Das RG. erklärt hierzu, daß es „in der Regel“ kein Verschulden darstellte, wenn der Bahnunternehmer dieser Übung folge, doch sei zu beachten, daß die Betriebsgefahr dadurch „erheblich gesteigert“ werde und daß dieser Umstand bei einer etwa vorzunehmenden Abwägung dieser Betriebsgefahr und eines mitwirkenden Verschuldens als Ursache eines Unfalls zu beachten sei. Die Annahme des OLG., daß das Verschulden des Kl. in weit höherem Maße den Unfall verursacht habe, als die Betriebsgefahr der Bahn, bekämpft das RG. mit durchaus unzutreffenden Gründen, indem es ausführt, daß der Bekl. die Pflicht obliege, durchweg das Verhalten des Kl., in dem die Schuld des Kl. erblickt würde und seine Ursächlichkeit für den Unfall zu beweisen. Hierin liegt unbedingt eine Verkennung der der Bekl. obliegenden Beweislast. Wer, wie der Kl., als Einwohner der beklagten Stadt deren Straßenbahn, wie anzunehmen ist, häufig benutzt, muß sich unter allen Umständen darüber klar sein, daß mit der Benutzung eines Straßenbahnwagens mit einer offenen Einsteigetür eine gewisse Gefahr verbunden ist, und muß sein Verhalten dementsprechend einrichten. Das hat der Kl. bestimmt nicht getan, und deshalb trifft ihn ein ganz besonders grobes Verschulden an dem Unfalle. Es ist nämlich nach menschlichem Ermessen ausgeschlossen, daß ein Mann, wenn er bereits auf der hinteren Plattform gestanden hat und auch nur die geringste Vorsicht obwalten läßt, infolge eines Ohnmachtsanfalles zu der Türe hinausfallen kann. Es kommen also nur zwei Möglichkeiten in Betracht: entweder war dem Kl., bevor er die Straßenbahn bestieg, schon so schlecht, daß er mit einem Ohnmachtsanfalle rechnen mußte, dann hätte er sich in das Innere des Wagens begeben, oder sich jedenfalls nicht an die Türöffnung stellen dürfen. Eine entsprechende Bitte an die 7—9 mit ihm auf der hinteren Plattform stehenden Fahrgäste oder an den Schaffner, unter Hinweis auf sein Unwohlsein, hätte unter allen Umständen bewirkt, daß dem Kl. ein sicherer Platz angewiesen worden wäre. Unter Umständen aber hätte der Kl. eben von der Fahrt auf der überfüllten hinteren Plattform überhaupt Abstand nehmen oder jedenfalls warten müssen, bis ein weniger überfüllter Wagen ihn aufgenommen hätte. Oder aber der Kl. wurde erst unwohl, als er sich bereits auf der Straßenbahn befand, und dann ist es wohl kaum denkbar, daß dieses Unwohlsein mit solcher Plötzlichkeit eingetreten ist, daß der Kl. bei der von ihm pflichtgemäß anzuwendenden Vorsicht nicht mehr Zeit gehabt hätte, sich festzuhalten, seinen Platz zu wechseln, oder den Schaffner bzw. einen Fahrgast um seine Hilfe zu bitten. Angesichts eines derartigen Verhaltens des Kl. braucht die Bekl. also gar nicht erst einen besonderen Beweis für das eigene grobe Verschulden des Kl. zu erbringen, denn dieses steht nach Lage der Sache ohne weiteres fest. Das RG. mutet der Bekl. aber auch etwas Unmögliches zu, wenn sie, um das eigene grobe Verschulden des Kl. darzutun, den Beweis erbringen soll, wie sich der Unfall im einzelnen ereignet hat: daß der Kl. unmittelbar vor dem Unfall in gefährlicher Stellung sich befunden, daß er damals ohne Grund sich nicht festgehalten hat, obwohl ihm das möglich und nach Lage der Sache geboten war (!), daß der Kl., wenn er sich festgehalten hätte, trotz der — von dem RG. auch nur unterstellten — Ohnmacht nicht hinausgestürzt wäre. Dies alles kann und braucht die Bekl. ebensowenig zu beweisen, wie von dem OLG. bei der erneuten Verhandlung festgestellt zu werden braucht, ob nicht Umstände vorgelegen haben können, die den Kl. gerade damals veranlaßten, den Halt loszulassen, oder die doch sein Verhalten in milderem Lichte erscheinen lassen könnten (dies alles verlangt das RG. nämlich tatsächlich in seinen — oben nicht abgedruckten — Entscheidungsgründen). Der Kl. hat, wie das OLG. mit Recht feststellt, durch sein weit überwiegendes Verschulden den Unfall jedenfalls in einem Maße verursacht, daß demgegenüber die Betriebsgefahr der Bekl. nicht weiter in Betracht kommt. Es geht daher nicht an, dem Betriebsunternehmer, dem ja sogar das RG. kein Verschulden nachweisen kann, durch die Feststellung einer angeblich „erheblich gesteigerten“ Betriebsgefahr und die Auferlegung einer ebenso unnötigen, wie unmöglichen Beweislast einen Teil des Schadens aufzubürden. Wenn die Aufsichtsbehörden, unter Berücksichtigung der gesamten örtlichen Verhältnisse, die Ausstattung von Straßenbahnwagen mit offener Ein- und Aussteigetür für zulässig erachten und im Betriebe zulassen, so muß der Betriebsunternehmer auch die Gewißheit haben, daß ihm die Verwendung solcher behördlich zugelassener Wagen nicht von den Gerichten als „erheblich gesteigerte Betriebsgefahr“ ausgelegt wird.

Unter diesen Umständen kann es ganz dahingestellt bleiben, ob der unterstellte Ohnmachtsunfall des Kl. deshalb nicht als „höhere Gewalt“ angesehen werden darf, weil der Absturz durch Anbringung einer Sicherung an der Öffnung hätte verhindert werden können und weil diese Anbringung für den Betriebsunternehmer „durchaus zumutbar“ gewesen wäre, wenn auch die Nichtanbringung nicht als Fahrlässigkeit zu werten sei. Denn die „Anbringung einer Sicherung“, die doch wohl nur in einer verschließbaren Tür oder einem Gitter hätte bestehen können, behindert nicht nur in hohem Maße den außerordentlich starken Arbeiter- und Angestellten-Stoßverkehr in einer bedeutenden Industriestadt, wie es die Bekl. ist, sondern sie ist auch mit erheblichen Mehrkosten verknüpft. Diese Mehrkosten sowie die Verlangsamung des Verkehrs fallen aber bei der bekannten außerordentlich ungünstigen Lage der Straßenbahnen, die fast ausnahmslos mit erheblichen Zuschüssen arbeiten müssen, ganz besonders ins Gewicht und sie sind keineswegs, wie das RG. leichten Herzens anzunehmen scheint, „durchaus zumutbar“. Außerdem aber bilden solche Schiebetüren oder Gitter erfahrungsgemäß die Quelle häufiger Quetschungen und sonstiger Unfälle (Festklemmen von Kleidungsstücken beim Aussteigen!).

RA. Dr. Th. Abitz-Schultze, München.

*

3. § 782 BGB. **Der anerkannte und vorgetragene Saldo kann als Einzelposten des Kontokorrents zwar grundsätzlich nicht selbständig eingeklagt werden. Das gilt aber dann nicht, wenn das Kontokorrentverhältnis beendet wird, ohne daß es zur Anerkennung eines neuen Saldos kommt.**

Das BG. hat die Verurteilung des Bekl. auf sein schriftliches Anerkenntnis v. 30. März 1931 gestützt. Es hat zunächst festgestellt, daß die Urkunde schon zur Zeit, als sie vom Bekl. unterschrieben wurde, den sich auch auf das Separatkonto U beziehenden Inhalt gehabt habe.

Die Rev. meint, das Anerkenntnis könne schon deshalb nicht zur Grundlage der Kl. dienen, weil es einen Saldo darstelle, der auf neue Rechnung vorgetragen worden sei, daher Einzelposten des Kontokorrents geworden sei und nicht selbständig eingeklagt werden könne. Damit kann sie nicht durchdringen. Allerdings kann sich die Kl. nicht darauf berufen, daß der Bekl. ja überhaupt einen Kontokorrentverkehr in bezug auf das Konto U leugne und daher nicht geltend machen könne, der Saldo sei mit seinem Einverständnis vorgetragen worden. Denn es versteht sich von selbst, daß die Kl., wenn sie sich auf die Regeln des Kontokorrentsvertrags beruft, auch alle Folgerungen, die sich daraus ergeben, in den Kauf nehmen muß. Indessen gilt die Regel, daß der vorgetragene Saldo nicht selbständig eingeklagt werden kann, der Natur der Sache nach, nur so lange, als das Kontokorrentverhältnis besteht. Wird es beendet, ohne daß es zur Anerkennung eines neuen Saldos kommt, so muß wieder auf die einzelnen Posten zurückgegangen werden, zu denen auch der vorgetragene Saldo gehört. Der Gläubiger kann und muß von ihm ausgehen und dartun, welche weitere Aktivposten hinzugekommen sind, die Gegenpartei muß die von ihr behaupteten Passivposten beweisen. Da Bekl. nicht behauptet,

daß der Saldo vom 30. März 1931 sich später gemindert habe, so kann Kl. ihn zugrunde legen.

Das Saldoanerkenntnis im Kontokorrentverkehr stellt zwar im allgemeinen ein auf Grund einer Abrechnung erteiltes Schuldanerkenntnis i. S. von § 782 BGB. dar. Es setzt daher jedenfalls voraus, daß eine Vertragspartei eine solche Abrechnung vorgenommen und ein Ergebnis erzielt hat. Nicht unbedingt erforderlich ist es aber, daß der andere Teil bei der Abrechnung mitwirkt oder auch nur davon Kenntnis nimmt. Es unterliegt keinem Bedenken, daß ein Bankkunde auf Übersendung von Kontoauszügen ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet und doch den von der Bank errechneten Saldo wirksam anerkennt. Ob ein Kunde, wenn er irrtümlich angenommen hat, daß er die Abrechnung, auf welche sich sein Anerkenntnis bezieht, schon geprüft habe, während er tatsächlich die betreffende Abrechnung nicht erhalten hatte, geltend machen könnte, daß er sich über den Inhalt seiner Erklärung geirrt habe, kann dahinstehen. Denn die Berufung auf solchen Irrtum ist jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der Kunde anderweit von der ungefähren Höhe seiner Schuld und den Posten, aus denen sie sich zusammensetzt, Kenntnis gehabt hat. Das BG. hat nun die Überzeugung gewonnen, daß Bekl. von dem Konto U nach Bestand und im wesentlichen nach seinem Umfange Kenntnis gehabt und sich insoweit nicht in einem Irrtum befunden habe. Gestützt ist diese Überzeugung im wesentlichen auf die Erwägung, daß Bekl. als in Termingeschäften erfahrener und vorsichtiger Geschäftsmann unmöglich Anerkenntnisse über so hohe Summen unterschrieben hätte, wenn er nicht überzeugt gewesen wäre, daß er der Bank wenigstens annähernd soviel schulde. Demgegenüber, so meint der BerR., käme den Umständen, welche der Bekl. für seine Unkenntnis vom Konto U angeführt habe, kein entscheidendes Gewicht zu.

Der BerR. hat danach mit zutreffender Begr. die Anfechtbarkeit der vom Bekl. abgegebenen Anerkenntnisse verneint. Die Erwägungen, mit denen er die Zurückforderung (Kondiktion) der Anerkenntnisse aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung als nicht gegeben bezeichnet, bieten zu rechtlichem Bedenken keinen Anlaß.

(U. v. 23. März 1935; I 215/34. — Düsseldorf.) [K.]

*

4. § 839 BGB. Der Bekl. war als Notar persönlich dafür verantwortlich, daß die von ihm dem Kl. erteilte Ausfertigung des Vertrages v. 18. März 1924 und die beglaubigten Abschriften mit der Urschrift übereinstimmten (vgl. Art. 45 PrFGG.) Wenn er sich bei der Nachprüfung der von ihm zu bescheinigenden Richtigkeit eines Gehilfen bediente, so tat er es auf eigene Gefahr und Verantwortung (vgl. Entsch. III 419/13 v. 19. Dez. 1913: JW. 1914, 354[14] u. Urt. v. 27. Mai 1930, III 307/29, abgedr. JW. 1930, 3307[3]; WarnRspr. 1930 Nr. 157; Gruch. 71, 625). Der Notar kann sich also nicht darauf berufen, daß sein Bürovorsteher, der die Urkunden vorbereitet haben soll, erfahren und zuverlässig gewesen sei.

(U. v. 8. März 1935; III 265/34. — Königsberg.) [v. B.]

*

5. § 839 BGB.; § 1419 Abs. 1 RVO.; RHaftpflG. v. 22. Mai 1910.

I. Wird eine Invalidenrente von der Versicherungsanstalt unrichtig festgesetzt, so kann der Anspruch auf höhere Invalidenrente nur mit Hilfe der in der RVO. vorgesehenen Rechtsmittel durchgefochten werden. Ist die Invalidenrente von der Behörde jedoch zu niedrig festgesetzt, weil die von dem Antragsteller eingereichten Quittungskarten bei der Behörde verlorengegangen sind, so ist für den so begründeten Schadensersatzanspruch nach § 839 BGB. der ordentliche Rechtsweg gegeben.

II. Der in § 1 RHaftpflG. von 1910 ausgesprochene Grundsatz der Verantwortlichkeit des Reiches für schuldhafte Amtspflichtverletzungen von Reichsbeamten gilt auch für die reichsrechtlichen öffentlichen Körperschaften und Anstalten in bezug auf die Amtsvergehen ihrer Beamten. Wird gem. § 1419 Abs. 1 RVO. durch die oberste Verwaltungsbehörde für die Geschäfte der Quittungsausgabenstelle die Ortspolizeibehörde als zuständig bestimmt, so wird durch diese die Invalidenversicherung lediglich durchführende Tätigkeit noch nicht ein unmittelbares Verhältnis zur Landesversicherungsanstalt geschaffen, auf Grund dessen die Landesversicherungsanstalt für ein Verschulden der bei der Durchführung der Invalidenversicherung fahrlässig handelnden Beamten einstehen müßte.

Im Jahre 1912 richtete der Kl. an die beklagte Landesversicherungsanstalt den Antrag, ihm Invalidenrente zu bewilligen. Er reichte den Antrag bei dem Bürgermeisteramt in H. ein, das ihn an das Versicherungsamt (Landrat) in N. weitergab. Dieses forderte zunächst von der Bekl. die bei ihr aufbewahrten Quittungskarten des Kl. ein und sandte dann den Antrag mit den Karten an die Quittungskarten-Ausgabenstelle in Rh. Diese Ausgabenstelle wurde von Sch. verwaltet, der damit von dem Bürgermeister in H. beauftragt worden war. Bei Sch. sind die Karten verlorengegangen. Bei der Berechnung der Rente blieben die verlorengegangenen Quittungskarten des Kl. unberücksichtigt, soweit ihr Markeninhalt nicht mehr festgestellt werden konnte.

Der Kl. behauptet, der Verlust der Quittungskarten, der eine zu niedrige Festsetzung seiner Rente zur Folge gehabt habe, beruhe auf einem Verschulden von Sch., der als Beamter der Bekl. anzusehen sei und für den diese daher einzustehen habe. Er verlangt deshalb mit der Klage von der Bekl. Zahlung des Betrages, den er in der Zeit v. 1. April 1926 bis zum 31. Juli 1933 an Rente zu wenig erhalten habe, ferner v. 1. Aug. 1933 ab Zahlung einer zusätzlichen Rente von monatlich 12,60 RM.

I. Der Kl. stützt seine Klage darauf, daß ein Beamter der Bekl. in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt fahrlässig die ihm dem Kl. gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt und damit diesem Schaden zugefügt habe. Für einen so begründeten Schadensersatzanspruch ist der Rechtsweg gegeben. Die verfahrensrechtlichen Vorschriften der RVO. berühren ihn nicht.

Unzutreffend ist die Ansicht der Rev., der Kl. wolle nur einen an sich im Verfahren nach der RVO. geltend zu machenden Anspruch dadurch vor die ordentlichen Gerichte bringen, daß er ihn äußerlich in das Gewand eines bürgerlich-rechtlichen Anspruchs kleide. Der Kl. hat behauptet, der Verlust seiner Quittungskarten, auf Grund dessen seine Invalidenrente zu niedrig festgesetzt sei, sei von Beamten der Bekl., insbes. von Sch., dem Verwalter der Qittungskarten-Ausgabestelle in Rh., schuldhaft herbeigeführt worden. Er hat die Tatsachen, in denen er die Fahrlässigkeit der in Frage kommenden Beamten findet, mit hinreichender Bestimmtheit dargelegt. Daraus ergibt sich, daß der Kl. keinen der in der RVO. geregelten Versicherungsansprüche, sondern wirklich einen auf Beamtenverschulden beruhenden Haftungsanspruch verfolgt. Die RVO. ist nur insofern für den Klaganspruch von Bedeutung, als der Kl. aus ihren Vorschriften die ihm zugefügte Schädigung herleitet. Er behauptet, daß ihm, wenn die Beamten der Bekl. pflichtgemäß gehandelt hätten, ein höherer Rentenanspruch zustände, als ihm tatsächlich zugebilligt worden ist. Die von der Versicherungsbehörde getroffenen Entsch. sieht er also — darin mit der Bekl. durchaus übereinstimmend — als richtig an und konnte sie deshalb auch nicht mit den in der RVO. vorgesehenen Rechtsmitteln (Beschw. nach § 1422, Berufung nach § 1675) anfechten. Er gründet seine Klage nicht darauf, daß ihm ein Anspruch auf höhere Invalidenrente entstanden ist, sondern daß er ihm entstanden wäre, wenn nicht der — nach seiner Behauptung durch schuldhafte Amtspflichtverletzung herbeigeführte — Verlust seiner Quittungskarten eingetreten

wäre. Ein so begründeter Schadensersatzanspruch kann nur im ordentlichen Rechtswege verfolgt werden.

II. Die Klage findet nicht, wie in den Vorinstanzen angenommen, ihre Begründung in Art. 131 WeimVerf. Denn die Amtspflichtverletzung, die der Kl. Beamten der Bekl. vorwirft, fällt bereits in das Jahr 1912 (vgl. RGZ. 112, 335 = JW. 1926, 1442), liegt also vor dem Inkrafttreten der WeimVerf. Dagegen kann sich der Kl. auf das RHaftG. v. 22. Mai 1910 berufen. Dieses bestimmt in § 1 zwar nur, daß das Reich die Verantwortlichkeit für schuldhafte Amtspflichtverletzungen von Reichsbeamten zu tragen hat. Der darin ausgesprochene Grundsatz gilt aber auch für die reichsrechtlichen öffentlichen Körperschaften und Anstalten. Das ist in RGZ. 112 a. a. O. für die Reichsversicherungsanstalt für Angestellte näher dargelegt worden. Ebenso wie diese muß auch die jetzt verklagte Landesversicherungsanstalt schon nach dem RHaftG. für Amtsvergehen ihrer Beamten einstehen.

Die Vorinstanzen haben Sch., den Verwalter der Quittungskarten-Ausgabestelle in Rh., als Beamten der Bekl. angesehen. Hiergegen wendet sich jedoch die Rev. mit Recht. Sch. stand als Verwalter der genannten Stelle nicht im Dienst der Bekl. Angestellt worden ist er nicht von ihr, sondern von dem Bürgermeister in H. Die Vorinstanzen meinen aber, Sch. sei von ihm für den Dienst der Bekl. angestellt worden, da er ausschließlich deren Geschäfte zu besorgen gehabt habe. Letzteres trifft indessen nicht zu, so daß auf die Frage, ob dieser Umstand für die Haftung der Bekl. überhaupt von Belang ist, nicht eingegangen zu werden braucht.

Die Darlegungen des LG., denen das OLG. beigetreten ist, lassen erkennen, daß beide Gerichte von der Auffassung ausgegangen sind, die Geschäfte der Invalidenversicherung lägen ausschließlich den Versicherungsanstalten — für die Rheinprovinz also der Bekl. — ob; alle sonst daran beteiligten Dienststellen seien deren Organe. Damit sind die Vorinstanzen aber den Vorschriften der RVO. nicht gerecht geworden. Allerdings sind nach ihr die Versicherungsanstalten Träger der Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung (§§ 3, 1326 ff.). Keineswegs folgt daraus aber, daß sie allein die Geschäfte der Invalidenversicherung zu besorgen haben. Daran sind vielmehr in weitem Umfang auch andere Behörden beteiligt, so z. B. die Versicherungsämter (vgl. §§ 1240 ff., 1617 ff. RVO.), und zwar selbständig ohne Eingliederung in die Versicherungsanstalten oder auch nur Abhängigkeit von ihnen. Es muß deshalb für jedes einzelne Geschäft der Invalidenversicherung an der Hand der RVO. geprüft werden, wem es obliegt, ob der Versicherungsanstalt oder welcher Dienststelle sonst.

Die Geschäfte der Quittungskarten-Ausgabestelle hat die RVO. nicht den Versicherungsanstalten auferlegt. Vielmehr bestimmt nach § 1419 Abs. 1 RVO. die oberste Verwaltungsbehörde die Stellen, welche die Karten ausstellen und umtauschen (Ausgabestellen). Für Preußen ist in dieser Hinsicht maßgebend die vom Minister für Handel und Gewerbe erlassene Anweisung für die Quittungskarten-Ausgabe vom 20. Nov. 1911 (HMBl. 429). Nach Teil I Nr. 1 Abs. 1 das. sind Ausgabestellen die Ortspolizeibehörden, die Krankenkassen und die örtlichen Hebestellen der Versicherungsanstalten. Die Ortspolizeibehörden können nach Abs. 2 unter gewissen Voraussetzungen ihre Obliegenheiten als Ausgabestelle den Gemeinden übertragen. Für eine solche Übertragung auf die Gemeinde Rh. fehlt es im vorliegenden Falle bisher an einem Anhalt. Auch als örtliche Hebestelle der Versicherungsanstalt kommt die von Sch. verwaltete Ausgabestelle, soweit ersichtlich, nicht in Betracht. Es muß deshalb, vorbehaltlich demnächstiger abweichender Feststellungen, angenommen werden, daß der Bürgermeister in H. als Verwalter der Ortspolizei (§ 28 KreisO. für die Rheinprovinz v. 30. Mai 1887 [GS. 209]) die Ausgabestelle in Rh. eingerichtet und Sch. mit ihrer Verwaltung beauftragt hat. Sch. hatte also Geschäfte wahrzunehmen, die nach der ministeriellen Anordnung v. 20. Nov. 1911 ortspolizeiliche waren. Er diente damit zwar der Durchführung der Invalidenversicherung, nicht aber dem Träger dieser Versicherung, der verklagten Landesversicherungsanstalt. Diese hat mit den Ausgabestellen, soweit nicht ihre örtlichen Hebestellen als solche tätig sind, unmittelbar nichts zu tun. Die Beamten, insbes. der ortspolizeilichen Ausgabestellen, stehen nicht in ihrem Dienst.

Das BG. hat die Bekl. nur deshalb verurteilt, weil sie für das Verschulden Sch. zu haften habe. Da diese Annahme nach dem Gesagten unzutreffend ist, muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden. Es wird nunmehr insbes. noch zu prüfen sein, ob das der Bekl. selbst zur Last gelegte Verschulden den Klaganspruch rechtfertigt. Dabei kann als Haftungsgrund nicht bloß schuldhafte Amtspflichtverletzung von Beamten der Bekl., sondern auch das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnisses (vgl. RGZ. 115, 421 = JW. 1927, 1369; RGUrt. v. 13. Juli 1934, V 78/34, abgedr.: JW. 1934, 2842 [2]) in Betracht kommen. Bei der Haftung der Bekl. aus dem RHaftG. v. 22. Mai 1910 ist auch § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu beachten.

(U. v. 26. Febr. 1935; III 200/34. — Düsseldorf.) [v. B.]

*

****6.** § 843 BGB.; § 11 KraftfG. **Ein Vermögensschaden liegt i. S. dieser Paragraphen schon dann vor, wenn eine Vermehrung der Bedürfnisse eingetreten ist, die eine sachgemäße Befriedigung verlangt, nicht erst dann, wenn die vermehrten Bedürfnisse befriedigt worden sind. Es kann also nachträglich Zahlung der Beträge verlangt werden, die zu solcher Befriedigung erforderlich gewesen wären.** †)

Im Jan. 1930 wurde die Kl. durch den Kraftwagen des Bekl. verletzt. Ihr Ehemann klagte, teils aus eigenem, teils aus abgetretenem Recht, u. a. auf Zahlung einer angemessenen Rente. Mit dem Rentenanspruch wurde er durch Urt. des LG. v. 1. Sept. 1931 abgewiesen. Er legte Berufung ein und starb am 22. Okt. 1931. Die Kl. und ihre drei Kinder sind gesetzliche Erben. Auf Grund der Erbauseinandersetzung v. 7. Juni 1934 wurde dem Zweitkl., einem Sohn, der gesamte Nachlaß übertragen, der Zweitkl. ist auch als Eigentümer des väterlichen Hofes eingetragen. Der Rechtsstreit wurde von der Kl., später von sämtlichen Erben aufgenommen. Anträge stellten aber nur die Kl. und der Zweitkl., indem sie eine Rente für die Kl. begehrten, und zwar der Zweitkl. auf Grund der seinem Vater erteilten Abtretung für die Zeit von der Klagerhebung bis zum Tode seines Vaters, die Kl. aus eigenem Recht für die Zeit vom Tode ihres Ehemannes ab. Das OLG. wies die Berufung zurück. RG. hob auf und verwies zurück.

Das BG. hält ohne Rechtsirrtum für die Zeit bis zum Tode des Ehemanns der Kl. den Zweitkl. als Erben seines Vaters und als Alleininhaber des Nachlasses zur Klage für befugt, weil insoweit die Kl. ihre Ansprüche an ihren Ehemann abgetreten habe, für die spätere Zeit sie selbst aus eigenem Recht. Über die Unfallfolgen stellt das BG. nichts Bestimmtes fest. Für die RevInst. ist daher zu unterstellen, daß die Kl. bis zum Unfall eine gesunde, rüstige und in der Arbeit tüchtige Landwirtsfrau war, durch den Unfall aber zu einer kränkelnden, pflegebedürftigen und zum großen Teil arbeitsunfähigen Frau geworden ist. Ähnliches scheint auch das BG. angenommen oder doch unterstellt zu haben. Dennoch hat es ihr eine Rente abgesprochen. An der Begründung ist allgemein zu beanstanden, daß das BG. an die Darlegungspflicht der Kl. zu hohe Anforderungen gestellt und dadurch § 287 ZPO. verletzt hat. Diese Vorschrift ist gerade dazu gegeben, um dem Geschädigten den Nachweis seines Schadens zu erleichtern, indem sie an die Stelle der sonst erforderlichen Einzelbegründung das freie Ermessen des Gerichts setzt (Stein-Jonas § 287 ZPO. Anm. III 1; RGZ. 79, 61 = JW. 1912, 637). Wendungen wie „die Verhältnisse sind unübersehbar", der Schaden ist „rentenmäßig nicht zu erfassen" sind mit § 287 ZPO. nur ganz ausnahmsweise vereinbar, das Gericht muß nötigenfalls zu einer Schätzung greifen, sofern es dafür nicht an allen Unterlagen fehlt.

Für die Zeit bis zum Tode des Ehemanns der Kl. trifft es zwar zu, daß ihr Ausfall an Arbeitskraft und die Ein-

stellung von Ersatzkräften einen Schaden für den Ehemann, nicht für sie selbst bedeutete und ihr nach § 11 KraftfG. keinen Anspruch gab, es sei denn, daß dadurch die Unterhaltsleistungen ihres Ehemannes vermindert worden wären, was bisher nicht ersichtlich gemacht worden ist. Anders steht es aber mit der Vermehrung ihrer Bedürfnisse, etwa durch Bedarf an Zusatznahrungsmitteln und Pflege anderer Art. Entweder wurden diese vermehrten Bedürfnisse durch Unterhaltsleistungen des Ehemanns befriedigt; dann fiel damit nach § 843 Abs. 4 BGB. und § 13 KraftfG. der abgetretene Rentenanspruch der Kl. nicht weg. Oder sie konnten, weil der Bekl. keine Rente zahlte, nicht befriedigt werden; dann ist nicht einzusehen, warum er die geschuldeten Rentenbeträge auch nicht nachträglich sollte zu zahlen haben. Ein Vermögensschaden liegt i. S. des § 843 BGB. und des § 11 KraftfG. schon dann vor, wenn eine Vermehrung der Bedürfnisse eingetreten ist, die eine sachgemäße Befriedigung verlangt, nicht erst dann, wenn die vermehrten Bedürfnisse befriedigt worden sind (vgl. RGZ. 95, 86 = JW. 1919, 508). Eine andere Gesetzesauslegung würde den zahlungssäumigen Schädiger in nicht zu rechtfertigender Weise begünstigen. Selbst unterbliebene Unterhaltsleistungen können nach § 1613 BGB. nachgefordert werden, gleichviel, wie sich der Berechtigte hindurchgeholfen hat. Die Einschränkung, daß Unterhaltsleistungen erst vom Eintritt des Verzuges oder der Rechtshängigkeit nachgefordert werden können, fällt für Schadensersatzverpflichtungen wie die vorliegende weg; übrigens beschränken sich die Klageanträge auf die Zeit seit der Rechtshängigkeit.

Insoweit die Kl. für die Zeit nach dem Tode ihres Ehemanns eine Rente wegen Vermehrung ihrer Bedürfnisse beansprucht, leidet die Abweisung an denselben Begründungsmängeln wie für die vorangegangene Zeit.

(U. v. 23. Mai 1935; VI 16/35. — Celle.) [H.]

Anmerkung: Gegenüber den Urteilen des LG. und des OLG., die beide die Klage auf Zahlung einer angemessenen Rente wegen der durch den erlittenen Unfall herbeigeführten Vermehrung der Bedürfnisse der Kl. abgewiesen hatten, stellt das RG. mit erfreulicher Klarheit die Grundsätze heraus, die in solchen Fällen von den Gerichten sowohl bzgl. des sachlichen, wie des förmlichen Rechts angewandt werden müssen. Diese Grundsätze entsprechen durchaus den Erfahrungen und Bedürfnissen des Lebens und werden hoffentlich dazu beitragen, die leider immer noch häufig zu beobachtende ungebührlich lange Dauer von Rechtsstreitigkeiten zu beseitigen, die Schadensersatzansprüche aus Anlaß eines Unfalles betreffen. Der hier in Betracht kommende Rechtsstreit wurde schon 1930 anhängig gemacht, und wenn auch durch den Tod des Ehemanns der Kl. Ende 1931 eine längere Unterbrechung eingetreten ist, so hätte das Verfahren doch zweifellos längst beendigt sein können, wenn das LG. und das OLG. die in Fällen ähnlicher Art durchaus feststehende Rspr. des RG. beachtet hätten. Der Tatbestand ist, soweit das Urteil des RG. es erkennen läßt, durchaus einfach und der gewöhnlich übliche: eine gesunde, rüstige und in der Arbeit tüchtige Landwirtsfrau wird durch einen Zusammenstoß mit dem Kraftwagen des Bekl. zu einer kränkelnden, pflegebedürftigen und zum großen Teil arbeitsunfähigen Frau. Ein derartiger Zustand kann natürlich nicht als zeitweilig und vorübergehend angesehen werden, und was die zur Heilung eines solchen Leidens erforderlichen Aufwendungen angeht, so ist schon in der von dem RG. angezogenen Entsch. RGZ. 95, 86 = JW. 1909, 508 ausgeführt worden, daß „nach der Natur des Leidens und dem voraussichtlichen Verlauf der Dinge die Kosten der aufzuwendenden Heilmittel sich gleichbleiben". Die dauernde Notwendigkeit, entsprechende Heilmittel, Zusatznahrungsmittel oder eine Pflege anderer Art zu gebrauchen, rechtfertigt daher auch den Anspruch auf Erstattung dieser Kosten in Form einer im voraus zahlbaren Rente an Stelle der nachträglichen Entrichtung einzelner Beträge auf Grund einer genauen „rechnungsmäßigen" Darlegung der Aufwendungen. Letztere ist häufig gar nicht möglich, und der Ersatz der Kosten der notwendigen Heilmittel schon vor der Anwendung durch eine Rente ist auch schon deshalb notwendig, weil andernfalls vermögenslose Verletzte überhaupt nicht in der Lage wären, sich die erforderlichen Heilmittel zu verschaffen.

Es ist also nur folgerichtig, wenn für die Entsch., ob ein Vermögensschaden i. S. des § 843 BGB. und des § 11 KraftfG. vorliegt, die bloße Tatsache des Eintritts vermehrter Bedürfnisse infolge des Unfalles maßgebend ist. Wollte man die erfolgte Befriedigung dieser Bedürfnisse zur Voraussetzung machen, so würde das für vermögenslose Geschädigte das unmögliche Ergebnis zeitigen, daß sie, wie schon oben erwähnt, keine Heilmittel anwenden könnten, weil sie keine Vorauszahlungen erhalten hätten, während andererseits dann auch keine nachträgliche Zahlung der erforderlichen Heilkosten verlangt werden dürfte, weil ja überhaupt keine Befriedigung der vermehrten Bedürfnisse erfolgt wäre! Es würde also nicht nur Sinn und Zweck der Heilkostenerstattung völlig verdreht werden, sondern es liefe eine derartige Beurteilung geradezu auf eine Begünstigung des zahlungssäumigen Schädigers hinaus.

Das LG. und OLG. hätten demnach — nötigenfalls unter Anwendung des richterlichen Fragerechts und durch persönliche Vernehmung der Kl. — von der weitgehenden Befugnis des § 287 ZPO. Gebrauch machen müssen, um durch eine nach freier Überzeugung unter Würdigung aller Umstände erfolgende Entsch. den Betrag der von der Kl. begehrten „angemessenen Rente" festzusetzen, nötigenfalls im Wege der Schätzung. Daß gegen mißbräuchliche Benutzung der Rente, d. h. wenn der Kranke die Rente nicht bestimmungsgemäß zur Linderung seines Leidens, sondern zu anderen, der Heilung nicht dienlichen Zwecken verwendet, der Schutz des § 323 ZPO. gegeben ist, kann keinem Zweifel unterliegen (vgl. RG.-Urteil v. 3. Jan. 1914: JW. 1914, 409[10]).

Der Entsch. des RG. ist demnach in vollem Umfange zuzustimmen.

RA. Dr. Th. Abitz-Schultze, München.

*

**7. §§ 892, 1115, 1138, 1180 BGB. Es ist in der Rspr. des RG. anerkannt, daß der Zweiterwerber einer Hypothek, der sein Recht nicht unmittelbar vom Eigentümer des Grundstücks, sondern vom ersten Hypothekengläubiger ableitet, auch dann den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches in Ansehung der Rechtsbeständigkeit der hypothekarisch gesicherten Forderung und des dinglichen Hypothekenrechts genießt, wenn der zweite Erwerb dem ersten ohne Zwischenzeit folgt. Anwendbarkeit dieses Rechtssatzes bei einem Forderungswechsel nach § 1180 BGB., wenn sich die Angabe des ersten Gläubigers der neu in die Hypothek eintretenden Darlehnsforderung nicht ausdrücklich aus dem Umwandelungsvermerk, aber für jedermann ohne weiteres aus einer früheren Eintragungsbewilligung und dem Zusammenhang dieser mit dem Umwandelungsvermerk ergibt.

Der Kl. ist seit dem Jahre 1913 Eigentümer eines Grundstücks in W. Auf seine Bewilligung v. 26. März wurde am 31. März 1932 in Abt. III Nr. 8 des Grundbuchs eine Höchstbetragshypothek von 10 000 RM für den Kaufmann D. zur Sicherung aller seiner Ansprüche gegen den Kaufmann K. eingetragen. In einer notariellen Verhandlung v. 16. April 1932, an der D., der Kl. und der bekl. Georg G. sich beteiligten, erklärten zunächst D. und der Kl., daß sie die Höchstbetragshypothek in eine brieflose feste Hypothek von 10 000 RM für eine v. 16. April 1932 ab mit 8% verzinsliche Darlehnsforderung des D. gegen den Kl. umwandelten und die Eintragung dieser Umwandlung bewilligten und beantragten; alsdann erklärte D., er trete die umgewandelte Hypothek nebst der ihr zugrunde liegenden Forderung an den Bekl. ab und bewillige die Umschreibung auf den neuen Gläubiger; der Bekl. erklärte, er nehme die Abtretung an und beantrage die Umschreibung. Die Urkunde wurde dem GBA. am 18. April 1932 eingereicht. Am 30. Mai 1932 wurde bei der Post Abt. III Nr. 8 in den Spalten 5—7 eingetragen: 10 000 RM Sicherungshypothek umgewandelt in eine Darlehnshypothek mit 8% Zinsen v. 16. April 1932 ... Unter Bezugnahme auf die Bewilligung v. 16. April 1932 eingetragen ohne Brief und abgetreten an den Kaufmann Georg G. in D. am 30. Mai 1932. Der Kl. hat auf die hypothekarisch gesicherte Darlehnsforderung nur 150 RM ausgezahlt erhalten. Er nimmt die Hypothek als Eigentümergrundschuld für sich in Anspruch und verlangt die Verurteilung des Bekl. zur Löschungsbewilligung.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Es stellt den Hypothekenerwerb des Bekl. unter den Schutz der §§ 892, 1138 BGB. Das OLG. hat dagegen dem Bekl. diesen Schutz versagt.

Die Rev. ist zulässig. Die Ausführungen des Kl., mit

denen er das Fehlen der Revisionssumme (§ 546 Abs. 1 ZPO.) darzulegen versucht, gehen fehl. Nach §§ 4 Abs. 1, 546 Abs. 2 ZPO. ist der Zeitpunkt der Einlegung der Rev. entscheidend für den Wert des Beschwerdegegenstandes. Die Rev. ist am 12. Okt. 1934 eingelegt. Damals war der Zuschlag in der Zwangsversteigerung noch nicht erteilt. Im Streit befangen war also noch die Hypothek als solche, nicht der etwa auf sie entfallende Versteigerungserlös. Gemäß §§ 6 Satz 1, 546 Abs. 2 ZPO. ist daher der Teilbetrag der Hypothekenforderung, zu dessen Löschung der Bekl. vom BG. verurteilt ist, für die Berechnung der Revisionssumme bestimmend. Das sind 9850 *RM*. Das Grundstück hat einen höheren Wert, kommt also nach § 6 Satz 2 ZPO. für die Wertberechnung nicht maßgeblich in Betracht.

Die Rev. ist auch sachlich begründet. Das BG. geht zutreffend davon aus, daß der Kl. die streitige Post in Höhe des nicht forderungsbekleideten Teils als Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs. 1 Satz 1, 1177 Abs. 1 Satz 1 BGB.) für sich in Anspruch nehmen und folglich gem. § 894 BGB. — auch im Wege des Löschungsbegehrens (vgl. RGRKomm., 8. Aufl., Bd. 3 S. 162 unten) — die Grundbuchberichtigung verlangen kann, sofern nicht der Bekl. die hypothekarisch gesicherte Forderung mit der Hypothek unter dem Schutz der §§ 892, 1138 BGB. erworben hat. Einen solchen Erwerb des Bekl. hält aber das BG. bei dem gegebenen Sachverhalt für rechtlich unmöglich. Zur Begründung dieser Ansicht führt es aus:

An den Bekl. abgetreten sei die erst künftig mit der Eintragung der Umwandlung entstehende Darlehnshypothek. Zur Zeit des Erwerbs des Bekl., der sich am 30. Mai 1932 durch die Umschreibung vollendet habe, sei nun aber eine unrichtige Eintragung im Grundbuch nicht vorhanden gewesen. Bei der Eintragung v. 30. Mai 1932 handle es sich nicht um zwei zeitlich kurz aufeinanderfolgende Buchungen — nämlich 1. die Eintragung der Umwandlung der Sicherungshypothek in die Darlehnshypothek, 2. die Umschreibung der Darlehnshypothek von D. auf den Bekl. —, sondern um e i n e e i n z i g e Eintragung, die beide Rechtsänderungen g l e i c h z e i t i g umfaßt habe. Beide Rechtsänderungen wären also auch dann, wenn die Darlehnsforderung des D. gegen den Kl. in Höhe von 10000 *RM* wirklich bestanden hätte, in demselben Augenblick eingetreten, d. h. die Umwandlung der Sicherungshypothek in die Verkehrshypothek wäre sofort in der Person des Bekl. vor sich gegangen. D. wäre niemals, auch nicht für einen Augenblick, Gläubiger der Verkehrshypothek gewesen. Auf nichts anderes weise die Grundbuchlage hin. Die Eintragung v. 30. Mai 1932 weise also den D. nicht als Gläubiger der Darlehnshypothek aus. Deshalb könne sich der Bekl. auch nicht auf die in RGZ. 140, 35 f. = JW. 1933, 2586 entwickelten Rechtsgrundsätze stützen.

Die Rev. rügt die Verletzung des § 1186 BGB. Sie hält die Auffassung des BG., daß D. überhaupt nicht als Gläubiger der Verkehrshypothek eingetragen worden sei, für rechtsirrig und bemerkt: D. sei zunächst als Gläubiger der Sicherungshypothek eingetragen gewesen. Als dann am 30. Mai 1932 die Umwandlung der Sicherungshypothek in eine Darlehnshypothek eingetragen worden sei, sei damit D. grundbuchmäßig als erster Gläubiger der Darlehnshypothek ausgewiesen worden. Einer weiteren Eintragung habe es zur Begründung seiner Gläubigerstellung nicht bedurft. Hilfsweise sei aber auch noch darauf hinzuweisen, daß nach der Darstellung des Bekl. vor der Umwandlung der Sicherungshypothek in eine Darlehnshypothek D. gegen K. aus dem damals gesicherten Forderungskreise Ansprüche von insgesamt 7—8000 *RM* gehabt habe und diese Ansprüche als von der Abtretung am 16. April 1932 mitumfaßt anzusehen seien.

Die Hilfserwägung der Rev. geht fehl. Seit der Umwandlung der Hypothek aus einer Höchstbetragshypothek in eine Verkehrshypothek dient die Post nur noch der Sicherung einer Darlehnsforderung gegen den Kl., nicht mehr zur Deckung irgendwelcher Ansprüche gegen K. Auch die Abtretungsurkunde v. 16. April 1932 läßt eindeutig erkennen, daß nur der angebliche Darlehnsanspruch des D. gegen den Kl., nicht wirkliche oder vermeintliche Ansprüche des D. gegen K. an den Bekl. abgetreten und unter den Hypothekenschutz gestellt werden sollten. Das ursprüngliche schuldrechtliche Verhältnis zwischen D. und K. ist also für den vorliegenden Rechtsstreit ohne Bedeutung. Seine Entsch. hängt lediglich davon ab, ob der Bekl. die Hypothek, die in Höhe von 9850 *RM* tatsächlich nicht forderungsbekleidet ist, dennoch kraft eines gutgläubigen Erwerbs am 30. Mai 1932 gem. §§ 892, 1138 BGB. behalten darf. Insoweit ist nun aber die Ansicht des BG., das ohne Prüfung der Kenntnis oder Unkenntnis des Bekl. vom Nichtbestehen der abgetretenen Darlehnsforderung des D. gegen den Kl. die Klage hat durchdringen lassen, nicht zu billigen.

Was die an der Urkunde v. 16. April 1932 beteiligten Personen erreichen wollten, war — rechtlich betrachtet — dreierlei:

1. ein Forderungsersatz gem. § 1180 Abs. 1 BGB. ohne Gläubiger-, aber mit Schuldnerwechsel,

2. eine Umwandlung der Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek gem. § 1186 BGB.,

3. eine Abtretung der gewöhnlichen Hypothek für die neueingetretene Forderung vom alten an einen neuen Gläubiger gem. den §§ 1154 Abs. 3, 873 BGB.

Alle drei Rechtsvorgänge sind rechtsgeschäftlich in eine Urkunde, grundbuchmäßig in einen Eintragungsvermerk zusammengefaßt worden. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, daß der Bekl. als Abtretungsempfänger den Schutz der §§ 892, 1138 BGB. entbehren müßte. Es ist nicht richtig, wenn das BG. meint, D. sei im Grundbuch als Gläubiger der Darlehnsforderung, die ersatzweise in die Hypothekendeckung eintrat, überhaupt nicht in die Erscheinung getreten, der Bekl. sei mithin als Erstgläubiger der umgewandelten Darlehnshypothek zu betrachten. Dem widerspricht nicht nur die Urkunde v. 16. April, sondern auch der Eintragungsvermerk v. 30. Mai 1932. Beide lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, daß der Bekl. nicht Erstgläubiger, sondern Abtretungsempfänger der Darlehnshypothek war. Abtretender konnte aber auch nach der Grundbuchlage niemand anders sein als D., der Gläubiger des alten, durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Forderungskreises und der als vorhanden unterstellten neuen, ersatzweise eintretenden Darlehnsforderung. Wenn also auch anzuerkennen ist, daß bei der Eintragung des Forderungswechsels nach § 1180 BGB. der Gläubiger der neuen Forderung gem. § 1115 BGB. im Grundbuch angegeben werden muß (vgl. RGRKomm., 8. Aufl., Bd. 3, § 1180 Anm. 3; P l a n c k - S t r e c k e r, 4. Aufl., Bd. III 2, § 1180 Anm. 4 b β zu § 1180), so kann doch bei dem hier gegebenen Sachverhalt die Angabe des D. als des ersten Gläubigers der neu in die Hypothek eintretenden Darlehnsforderung nicht schon deshalb vermißt werden, weil im ersten Satze des Eintragungsvermerks v. 30. Mai 1932 der Name des D. nicht ausdrücklich auftaucht. Seine Erstgläubigerschaft an dieser Darlehnsforderung ergibt sich vielmehr für jedermann ohne weiteres aus dem Zusammenhang der Eintragung v. 31. März 1932 mit dem Eingang der Eintragung v. 30. Mai 1932. Dann hat aber der Bekl. die Darlehnshypothek nicht als Ersatzberechtigter, sondern als Zweitgläubiger unter dem Schutz der §§ 892, 1138 BGB. erworben. Daß sein Erwerb zeitlich mit dem Ersterwerb des D. am 30. Mai 1932 zusammenfiel und räumlich im Grundbuch durch denselben Eintragungsvermerk zum Ausdruck gebracht wurde, steht der Anwendung jener Schutzvorschriften zu seinen Gunsten nicht entgegen. Denn in der Rspr. des RG. ist nunmehr anerkannt, daß der Zweiterwerber einer Hypothek, der sein Recht nicht unmittelbar vom Eigentümer des Grundstücks, sondern vom ersten Hypothekengläubiger ableitet, auch dann den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs in Ansehung der Rechtsbeständigkeit der hypothekarisch gesicherten Forderung und des dinglichen Hypothekenrechts genießt, wenn der zweite Erwerb dem ersten ohne Zwischenzeit folgt (RGZ. 140, 39 = JW. 1933, 2586; RG.: WarnRspr. 1935 Nr. 58; vgl. auch P l a n c k - S t r e c k e r, 5. Aufl., Bd. III 2, § 892 Anm. II 1 b Abs. 2).

Hiernach kommt es für den Ausgang des Rechtsstreits

entscheidend darauf an, ob der Kl. den Beweis erbringen kann, daß dem Bekl. am 30. Mai 1932 das Nichtbestehen der ihm abgetretenen, hypothekarisch gesicherten Darlehnsforderung des D. gegen den Kl. bekannt war.

(U. v. 12. April 1934; V 463/34. — Naumburg.) [v. B.]
<= RGZ. 147, 298.>

*

8. § 49 a MietSchG. Bei Bestimmung des Untermietzinses wird zwar im Regelfall der Hauptmietzins einen brauchbaren Ausgangspunkt bilden. Bleibt aber der Hauptmietzins hinter dem angemessenen Raumentgelt zurück, so ist er für die Bemessung des Untermietzinses nicht maßgebend.†)

Das BG. ist zu der Auffassung gelangt, daß der vereinbarte Untermietzins nicht unangemessen ist. Da es bei der Anwendung des § 49 a MietSchG. nicht auf das Vorliegen eines übermäßigen Gewinns ankomme, sondern nur in Frage stehe, ob die vereinbarte Vergütung unangemessen sei, komme dem objektiven Nutzungswert die ausschlaggebende Bedeutung zu, während die Gestehungskosten nur eine untergeordnete Rolle spielen dürften. Nach der Rspr. könnten die Gestehungskosten nur zugunsten des Vermieters Bedeutung gewinnen, wenn sie ergäben, daß der objektiv als angemessen ermittelte Mietzins ihm keinen Verdienst lasse oder nicht einmal seine Kosten decke. Auch für die Untermiete müßten dieselben Grundsätze gelten. Wie der Eigentümer, der sein Haus billig erworben habe, nicht gegen § 49 a MietSchG. verstoße, wenn er den objektiv angemessenen Mietzins fordert, so könne auch der Untervermieter ohne Rücksicht auf die Höhe seines eigenen Mietzinses den angemessenen Untermietzins fordern. Die Verteilung des Hauptmietzinses auf die untervermieteten Räume sei nur einer der Wege, auf denen die Angemessenheit des Untermietzinses nachgeprüft werden könne. Sei der Hauptmietzins aus besonderen Gründen außergewöhnlich hoch oder niedrig, so könne er zur Nachprüfung des Untermietzinses nicht verwendet werden. Dann aber sei es nicht nötig, zunächst den angemessenen Zins für sämtliche Räume zu ermitteln und ihn dann verhältnismäßig auf die in Untermiete gegebenen Räume zu verteilen, sondern der Untermietzins könne sogleich aus Vergleichsbeispielen abgeleitet werden. Im vorl. Falle sei der Hauptmietzins besonders niedrig, offenbar weil die Bekl. durch den Vertragsschluß auf 12 Jahre ein besonderes Wagnis übernommen habe. Als Vergleichsbeispiele, aus denen die angemessene Vergütung für die Untermiete entnommen werden könne, seien in erster Reihe Untermietverhältnisse geeignet. Doch könnten hier auch Hauptmietverhältnisse beachtet werden, da die untervermieteten Räume nicht unselbständige Teile einer Raumeinheit seien und da der Untervermieter sich in einer so sicheren wirtschaftlichen Stellung befinde, daß der Abschluß des Untermietvertrages kein besonderes Wagnis bedeute. Die Bekl. sei eine der kapitalkräftigsten Firmen in Deutschland.

Die Rev. meint demgegenüber, das BG. weiche bewußt von der Rspr. der StrSen. des RG. ab, wenn es nicht vom Hauptmietzins ausgehe. Die Hauptmiete dürfe nur dann außer acht bleiben, wenn der Hauptmieter aus besonderen Gründen, insbes. wegen persönlicher Beziehungen zum Hauptvermieter, ungewöhnlich wenig zahle. Davon sei hier nicht die Rede. Die Bekl. habe zu einer Zeit regster Nachfrage in der T.straße einen Eckladen gemietet, der so groß gewesen sei, daß sie einen abtrennbaren Teil, nach den Angaben der Parteien $1/3$ bis $2/5$, an die Kl. habe abgeben können. Dafür habe sie sich rund die Hälfte des von ihr zu zahlenden Mietzinses ausbedungen, und dieser Anteil habe sich nach der Ermäßigung der Hauptmiete im Dez. 1931 zunächst noch weiter gesteigert.

Dieser Angriff der Rev. ist nicht begründet. Nach der ständigen Rspr. des RG. ist die Angemessenheit der Raumvergütung grundsätzlich nach dem objektiven Nutzungswert der Räume zu beurteilen. Die Gestehungskosten können daneben auch die vom BG. angegebene Bedeutung haben, weil sie zu den gesamten Umständen gehören, die nach § 49 a MietSchG. ins Auge zu fassen sind (RGZ. 136, 165 = JW. 1932, 2987). Bei der Untervermietung liegt es nicht anders. Auch hier ist im Gesetz kein Anhalt zu finden, der dem objektiven Nutzungswert seine überwiegende Bedeutung für die Entsch. nehmen könnte. Allerdings wird der Hauptmietzins regelmäßig einen brauchbaren Ausgangspunkt für die Ermittlung der angemessenen Vergütung für die in Untermiete gegebenen Räume bieten, denn wenn man von ihm ausgeht, ist es nicht wohl denkbar, daß der als angemessen gefundene Untermietzins dem Untervermieter zur Deckung seiner Kosten und zu einem angemessenen Gewinn nicht ausreicht, daß also die Gestehungskosten zur Nachprüfung und Verbesserung des Ergebnisses herangezogen werden müssen. Außerdem kann, sofern der Einzelfall nicht besondere Abweichungen bietet, davon ausgegangen werden, daß der Hauptmietzins das Entgelt für die Gesamtheit der Räume darstellt, das ihrem objektiven Nutzungswert entspricht. In den Regelfällen wird also die Prüfung, die von dem Hauptmietzins ausgeht, damit ohne weiteres den objektiven Nutzungswert zur Grundlage der Entsch. machen.

Steht aber fest, daß der Hauptmietzins nach dem objektiven Nutzungswert der Räume hinter dem angemessenen Raumentgelt zurückbleibt, dann kann er auch für die Höhe des zulässigen Untermietzinses nicht maßgebend sein, denn es würde jeder Grund dafür fehlen, daß der Hauptmieter einen Vorteil, der ihm aus einem günstigen Mietvertrage erwachsen ist, bei der Untervermietung aufgeben und dem Untermieter zugute kommen lassen müßte. Auch der Hinweis der Rev. auf die neuere Rechtsentwicklung könnte ein solches Ergebnis nicht rechtfertigen. In solchen Fällen kann der Hauptmieter vielmehr ohne Rücksicht auf seine eigene Mietzinsverpflichtung vom Untermieter ein nach dem objektiven Nutzungswert angemessenes Entgelt fordern. Anders ist auch die Rspr. der StrSen. nicht zu verstehen. Insbes. RGSt. 62, 333 = JW. 1929, 2873 führt aus, daß besondere Umstände die Zugrundelegung einer von der tatsächlich gezahlten abweichenden Hauptmiete rechtfertigen können, und zwar einer höheren, wenn die Hauptmiete nicht wegen gesetzlicher Bindung oder aus sozialen Gründen, sondern infolge irgendwelcher persönlichen Beziehungen des Hauptvermieters zum Hauptmieter hinter dem für gewöhnliche Verhältnisse angemessenen Betrag zurückbleibt. Die Erwähnung der persönlichen Beziehungen kann hier nur die Bedeutung eines Beispiels haben, denn es wäre nicht verständlich, weshalb es für die Höhe der Untermiete einen Unterschied machen könnte, ob die Hauptmiete besonders niedrig ist, weil der Hauptvermieter mit dem Hauptmieter verwandt oder befreundet ist, oder ob diese Folge auf irgendeinem anderen Grunde eines besonders günstigen Abschlusses beruht. Es kann deshalb allein maßgebend sein, daß die Hauptmiete hinter dem angemessenen Betrage zurückbleibt, und daß dieses Ergebnis eine Folge freier Vereinbarung, nicht aber gesetzlicher Bindung oder sozialer Gründe ist. So liegt es hier.

Das BG. hat also mit Recht nicht auf die Höhe der Hauptmiete das entscheidende Gewicht gelegt, sondern den objektiven Nutzungswert der Untermieträume zum Ausgangspunkt der Mietbemessung genommen. Diesen Nutzungswert hat es ermittelt, indem es aus Vergleichsbeispielen die Friedensmiete errechnet und als angemessenen Untermietzins einen etwa dem Hundertsatz der gesetzlichen Miete entsprechenden Betrag gebilligt hat. Auch dieses Verfahren läßt keinen Rechtsfehler ersehen. Es ist ferner nicht zu beanstanden, wenn das BG. das Reklameinteresse der Kl. bei der Bemessung des Mietzinses bewertet hat, denn auch solche Umstände gehören zu den gesamten Verhältnissen, deren Beachtung § 49 a MietSchG. fordert.

(U. v. 2. Mai 1935; IV 5/35. — Berlin.) [K.]

Anmerkung: Die vorl. Entsch., welche den Mietwucher bei Untermietverhältnissen behandelt, paßt sich der allgemeinen Entwicklung der Rspr. auf dem Gebiete des Mietwucherrechts an. Allgemein ist das RG. dazu übergegangen, die Gestehungskostentheorie fallen zu lassen und die Nutzungswerttheorie anzuwenden. Die bisherige Rspr. des RG., soweit sie Untermietverhältnisse betrifft, hat noch die Gestehungskostentheorie zur Grundlage (vgl. RG.: JW. 1929, 1019; RG.: JW. 1929, 2873; RG.: HöchstRRspr. 1929, 484; RG.: JW. 1930, 3224).

Sie geht davon aus, daß die Hauptmiete, die der Untervermieter zahlt, auch für die Angemessenheit der Untermiete maßgebend sei, sie müsse nach dem Verhältnis der Fläche und des Nutzungswerts auf die Untermieträume verteilt werden und ergäbe dann den angemessenen Untermietzins; etwa darüber hinausgehende Beträge müßten durch besondere Leistungen begründet werden. Die vorl. Entsch. geht nun im Anschluß an die allgemeine Rspr. des RG. im Mietwucherrecht einen anderen Weg. Sie erklärt, daß die Verteilung des Hauptmietzinses auf die Untermieträume nur einer der Wege zur Ermittelung des angemessenen Untermietzinses sei, daß es aber noch andere Wege gebe. Sie stellt, wie für alle Raumnutzungsverhältnisse, auch für die Untermiete den objektiven Nutzungswert als maßgeblichen Faktor für die Ermittelung des angemessenen Untermietzinses hin. Damit hat es die Gestehungskostentheorie auch für die Untermietverhältnisse aufgegeben. Für den Untervermieter ist der Hauptmietzins der Hauptteil seiner Gestehungskosten. Mit der Ablehnung der bisherigen Grundsätze, die den Hauptmietzins als entscheidenden Faktor bezeichnen, ist mithin die Gestehungskostentheorie abgelehnt.

Die Unrichtigkeit der Gestehungskostentheorie erweist sich gerade im vorl. Fall mit aller Deutlichkeit. Hier liegt die Besonderheit vor, daß der Untervermieter einen besonders günstigen Mietzins mit seinem Vermieter vereinbart hat. Würde man die Gestehungskostentheorie zugrunde legen, so müßte der tatsächlich gezahlte Hauptmietzins auf die untervermieteten Räume verteilt werden; damit würde der Vorteil eines besonders günstigen Mietabschlusses der Untervermieterin aus der Hand genommen werden. Diese Folgerung hat schon die bisherige Rspr. ungern gezogen. Sie hat in besonders gelagerten Fällen, z. B. wo persönliche Verhältnisse auf die besonders geringe Höhe des Mietzinses von Einfluß waren, die Gestehungskostentheorie aufgegeben und dies damit begründet, daß besonders niedrige oder besonders hohe Gestehungskosten nicht zu berücksichtigen seien. In solchen Fällen wurden normale Gestehungskosten fingiert. Bei dieser Rspr. kam man also dazu, die Gestehungskostentheorie dann nicht anzuwenden, wenn besondere Verhältnisse vorliegen. Damit war natürlich die Bedeutung dieser Theorie erschüttert, denn wenn sie gerade in den Fällen, wo sie ihre Eignung erweisen soll, nicht zur Anwendung gebracht wird, hat sie überhaupt keine Daseinsberechtigung. Die Nutzungswerttheorie vermeidet diesen Fehler. Sie findet, wie das RG. in obiger Entsch. ausdrücklich feststellt, bei allen Arten von Raumnutzungsverträgen Anwendung, also auch bei der Untermiete. Es gibt keinen Unterschied in der Behandlung der einzelnen Arten von Raumnutzungsverträgen, daher ist auch bei der Untermiete stets von dem objektiven Nutzungswert auszugehen. Dieser ist für die untervermieteten Räume selbständig zu ermitteln. Wenn auch in der Regel die Verteilung des Hauptmietzinses auf die untervermieteten Räume ein gangbarer Weg hierzu ist, so bleibt dieses doch keineswegs der einzige Weg, vielmehr muß in den Fällen, wo er nicht zum Ziele führt, die Angemessenheit des Untermietzinses auf anderem Wege festgestellt werden. Ein solcher Fall ist stets dann gegeben, wenn der Hauptmietzins von dem objektiven Nutzungswert, sei es nach oben oder nach unten, abweicht. Die Gründe für diese Abweichung sind gleichgültig. Die Angemessenheit der Untermiete wird dann insbes. durch Heranziehung von Vergleichsbeispielen zu ermitteln sein.

Die Nutzungswerttheorie führt demnach unmittelbar zu dem Ergebnis, daß die Vorteile eines besonders günstigen Mietabschlusses unbedingt dem Untervermieter verbleiben müssen. Das RG. lehnt es mit Recht ab, diesen Vorteil — lediglich einer Theorie zuliebe — dem Untermieter zukommen zu lassen. Die Nutzungswerttheorie ermöglicht es der Rspr., ohne Zuhilfenahme von Fiktionen dies Ergebnis zu rechtfertigen. Damit allein schon ist die Richtigkeit dieser Theorie erwiesen.

RA. u. Notar Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

*

9. § 51 GenG.

I. Auch ablehnende Beschlüsse können Gegenstand einer Anfechtungsklage aus § 51 GenG. sein.

II. Die Klage aus § 51 GenG. ist unabhängig von den Voraussetzungen des § 256 ZPO. Der Nachweis eines besonderen Rechtschutzinteresses ist also nicht erforderlich.

III. Anfechtungsgründe, die erst nach Ablauf der Monatsfrist des § 51 GenG. nachgeschoben werden, sind rechtlich schlechthin unbeachtlich.

I. Die GenVers. der bekl. eGmbH. v. 1. Nov. 1933 hat es nicht abgelehnt, über den Antrag T. Beschluß zu fassen, sondern über denselben abgestimmt mit dem Erfolg, daß dieser Antrag nach dem protokollierten und verkündeten Abstimmungsergebnis abgelehnt worden ist. Die Anfechtungsklage richtet sich gegen einen „ablehnenden" Beschluß. Die Frage, ob solche Beschlüsse Gegenstand einer Anfechtungsklage sein können, ist vom RG. insbes. für die Anfechtungsklage des § 271 HGB. wiederholt schon bejaht worden (RGZ. 142, 123 = JW. 1934, 90; 146, 71). Hier handelt es sich nun allerdings nicht um eine aktienrechtliche Anfechtungsklage, sondern um die Anfechtungsklage aus § 51 GenG. Für sie gilt aber insoweit dasselbe, wie für die Klage aus § 271 HGB.

II. Anlangend sodann das von dem Vorderrichter vermißte Rechtsschutzinteresse, so hat schon der 1. ZivSen. des RG. in dem allerdings wiederum zu einer aktienrechtlichen Anfechtungsklage ergangenen Urt. RGZ. 77, 255/57 = JW. 1912, 82 ausgeführt, daß von dem anfechtenden Aktionär der Nachweis eines besonderen persönlichen Interesses an der Beseitigung des beanstandeten Beschlusses nicht zu erfordern sei. In dem Urt. des erk. Sen. v. 13. Nov. 1934, RGZ. 45, 336, ist ferner dargelegt, daß die Klage aus § 271 HGB. unabhängig von den Voraussetzungen des § 256 ZPO. ist und ihr der Gedanke zugrunde liegt, daß jeder Aktionär ein Recht darauf hat, daß von der Hauptversammlung nur solche Beschlüsse gefaßt werden, die mit dem Gesetz und der Satzung im Einklang stehen; gesetz- und satzungswidrige Beschlüsse müßten, soweit sie auf dem Verstoß beruhen, nicht hingenommen werden; der Gesetzgeber erblicke das Rechtsschutzinteresse allein schon in der Tatsache der Mitgliedschaft bei der AktG. und des Anteilsbesitzes; des Nachweises eines weitergehenden Interesses bedürfe es nicht. Dieselben Rechtsgrundsätze gelten entsprechend auch für die gleichartige Klage aus § 51 GenG. Dem Vorderrichter kann deshalb insoweit nicht beigetreten werden, als er im Gegensatz hierzu noch von dem Kl. den Nachweis eines Rechtsschutzinteresses erfordert. Allerdings hat der erk. Sen. in dem Urt. vom 22. Jan. 1935, II 198/34, die Möglichkeit anerkannt, daß der aktienrechtlichen Anfechtungsklage der Einwand entgegengesetzt werden könne, der Kl. verletze durch ihre Erhebung gröblich seine gesellschafterliche Treupflicht und die Klagerhebung bedeute daher eine unzulässige Rechtsausübung. Für einen solchen Einwand böte aber die Sachlage des vorliegenden Falles keinen Anhalt.

III. Der Antrag T. ist abgelehnt worden. Aus dieser Ablehnung der beantragten Erledigung der fraglichen Regreßansprüche und der Klage in Bausch und Bogen durch die GenVers. kann hier keineswegs umgekehrt zugleich positiv eine ebensolche allgemeine Billigung der Erhebung und Weiterverfolgung derartiger Ansprüche durch die GenVers. gefolgert werden. Der Kl. selbst hat in der Klageschrift auch keine dahingehende Behauptung aufgestellt und etwa als Anfechtungsgrund geltend gemacht, daß in dem Ablehnungsbeschluß zugleich der entgegengesetzte positive Beschluß stecke. Nur die in der Klageschrift vorgebrachten Anfechtungsgründe wären hier aber noch innerhalb der Monatsfrist des § 51 GenG., deren Einhaltung in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen ist (s. a. RGZ. 91, 316 = JW. 1918, 175; JW. 1928, 1569[14]; 1929, 1367[6]; RGZ. 125, 143, 156 = JW. 1931, 797), in den Prozeß eingeführt. Anfechtungsgründe, die — sei es überhaupt, sei es auch nur ihrem wesentlichen tatsächlichen Kern nach — erst nach Ablauf dieser Frist nachgeschoben werden wollen, sind rechtlich schlechthin unbeachtlich.

(U. v. 26. Febr. 1935; II 253/34. — Berlin.) [v. B.]

*

****10.** §§ 7, 9 WbzG. Auf Grund der unlösbaren Verbundenheit des Warenzeichens mit einem bestimmten Geschäftsbetriebe darf nur derjenige die Rechte aus der Eintragung geltend machen, der damit den Schutz des hinter dem Zeichen stehenden Unternehmens erstrebt. †)

(U. v. 26. März 1935; II 277/34.)

Abgedr. JW. 1935, 2274[9].

Anmerkung: Für das organische Rechtsdenken ist die enge Verbundenheit von Warenzeichen und Geschäftsbetrieb eine Selbstverständlichkeit. Zu dem Warenzeichen muß genau so wie zu dem Namen und der Firma ein lebendiger Träger gehören. Das gehört zu seiner Natur als Kennzeichnungsmittel, das der Unterscheidung der Herkunft von Waren aus einem bestimmten Geschäftsbetriebe dienen soll. Der Familienname ist gebunden an die Voraussetzungen der Abstammung, die Firma — der Name des gewerblichen Unternehmens — ist in seiner Entstehung und seinem Schicksal verwachsen mit dem Betrieb. So kann auch für das Warenzeichen grundsätzlich nichts anderes gelten. Die vereinten Bemühungen von bestimmter Seite (Isay, Magnus, Wassermann, Reimer, Manasse u. a.), die natürlichen Bindungen aufzuheben und die „Unabhängigkeit des Warenzeichens" zu proklamieren, können als endgültig gescheitert angesehen werden.

Daran zu erinnern, gibt der vorstehend abgedruckte Teil des RGUrt. Veranlassung. Will man in Zweifelsfällen zu einer richtigen Entsch. gelangen, so kann man es nur auf Grund einer lebendigen Vorstellung der natürlichen Entwicklungen und Wandlungen eines geschäftlichen Betriebes, für dessen Waren das Warenzeichen Erkennungsmerkmal sein soll. So darf aus obigem Urteil nicht abgeleitet werden, daß ein für einen in der Entstehung begriffenen Betrieb angemeldetes und eingetragenes Warenzeichen nicht mehr rechtsgültig übertragen werden kann. Der Fall ist häufig, daß vor Gründung einer Gesellschaft des Handelsrechts zunächst auf den Namen eines der Mitgründer das oder die Zeichen angemeldet werden. Erst später, wenn die AktG. oder GmbH. rechtsgültig besteht und der Geschäftsbetrieb tatsächlich aufgenommen wird, erfolgt die Umschreibung des Zeichens. Hier ist es unschädlich, daß der erste Zeicheninhaber nicht Inhaber des Geschäftsbetriebes war, denn es liegt ein organisch sich entwickelnder Gründungsvorgang vor. Ganz anders der vom RG. behandelte Fall: Nachträglich versucht ein wegen Verletzung in Anspruch genommener Benutzer des Warenzeichens „Aeskulap" sich ein Scheinrecht zu verschaffen, indem er von einem Dritten ein Warenzeichen mit dem Worte „Aeskulap" auf sich mitsamt „Geschäftsbetrieb" übertragen läßt. Die tatsächliche Prüfung ergab aber, daß dieser Geschäftsbetrieb ein Nichts war. Daß solche Manöver nicht durchgelassen werden, ist nur zu begrüßen.

RA. Utescher, Hamburg.

*

11. Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Febr. 1803; PrVO. über Kompetenzkonflikt v. 1. Aug. 1879; §§ 793 ff. BGB.

I. Inhalt und Pflichten des Staats aus der Inkorporation einer Kirche in ein Stift und der Säkularisation dieses Stifts.

II. Die Bindung an eine vom Kompetenzgerichtshof erlassene Entsch. beschränkt sich auf die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs. Einwendungen des Gegners gegen die Ansprüche, für die der Rechtsweg offensteht, unterliegen unbeschränkt der Prüfung des ordentlichen Gerichts.

III. Das Recht der Schuldverschreibung auf den Inhaber ist so stark mit sachenrechtlichen Einflüssen durchsetzt, daß der für das Recht der Schuldverhältnisse gültige Satz von dem Untergang der Forderung durch Zusammentreffen von Gläubiger- und Schuldnerschaft auf das Recht aus dem Inhaberpapier nicht anzuwenden ist.

Um das Jahr 946 wurde von dem Grafen H. in G. ein Kanonissenstift gegründet und dabei diesem Stift eine damals bereits vorhandene Kirche, die der Seelsorge der inneren Stadt diente, und ihr Amtsvermögen übereignet. Das Stift übernahm fortan die Pfarrseelsorge in der Gemeinde. Es waren ein Pfarrer und drei Kanoniker mit der Seelsorge befaßt, letztere aushilfsweise. Ende des 18. Jahrhunderts trat zu diesen vier Geistlichen noch ein Kommendatar. Die Mittel, die der Unterhaltung der die Pfarrseelsorge verrichtenden Geistlichen dienten, waren infolge der Einwirkung von Krieg und Reformation unzureichend geworden. Zur Abstellung der Mängel kam es unter Erzbischof Ernst i. J. 1587 zur Ernestinischen Union, durch welche die Erträgnisse einiger weiterer Vermögensstücke den alten Amtseinkünften dieser Geistlichen hinzugefügt wurden.

So blieb der Zustand, bis i. J. 1803 der Reichsdeputationshauptschluß (RDHSch.) erging. Durch ihn wurde das Stift mit dem Herzogtum Westfalen dem Großherzog von Hessen-Darmstadt zugeteilt. Im Jahre 1815 kam es dann an Preußen. Schon 1807 hatte der hessische Großherzog ein neues Statut erlassen. Am 28. Okt. 1819 regelte Preußen die Verhältnisse durch eine Kabinettsorder. Im Jahre 1834 erging eine weitere, G.er Verhältnisse betreffende Kabinettsorder.

Mit der Klage verlangt die Kl. die Ergänzung der Besoldung ihres zweiten Geistlichen. Das LG. hat die Klage abgewiesen. Das BG. hat dagegen der Klage teilweise stattgegeben. Auf die Rev. beider Parteien wurde die Sache an das BG. zurückverwiesen.

I. Das BG. nimmt an, daß das Rechtsverhältnis sich so, wie aus einer Inkorporation gestaltet gehabt habe und sieht in den Maßnahmen der hess. und preuß. Regierung eine Säkularisation.

Aus den hess. und preuß. Maßnahmen ergäbe sich nicht die Absicht, dem neuen Stift eigene Rechtspersönlichkeit zu geben und damit allgemeingültiges objektives Recht zu schaffen, vielmehr nur, Anordnungen über die nunmehrige Verwaltung des in den Machtbereich des Staats gezogenen Vermögens zu treffen. Diesen Ausführungen des BG. kann lediglich beigepflichtet werden.

Der Verkl. ist daher der Staat.

Als Folge der Übernahme des stiftischen Vermögens auf den Staat ergibt sich die Verhaftung des Staats, gemäß der Verpflichtung des Stifts für die Seelsorgebedürfnisse der Kl. aufzukommen. Im Gebiet des gemeinen Rechts, aber auch im Bereich des erst durch das Publikationspatent v. 21. Juni 1825 (GS. 153) in G. eingeführten PrALR. ist eine Verpflichtung des Staats in der Rspr. der ordentlichen Gerichte immer anerkannt worden, auf Grund der Vermögensübernahme für die alten Pflichten des Stifts auf Deckung der Seelsorgebedürfnisse einzustehen (vgl. RGZ. 101, 10 [17]: JW. 1888, 350[17]).

Wenn auch der RDHSch. selbst nicht als Quelle subjektiver Berechtigung der Kl. anzusehen ist (vgl. RGZ. 101, 12), so bilden für den Inhalt der rechtlichen Verpflichtungen des Staats doch auch die Bestimmungen des RDHSch. mit eine Grundlage (vgl. RG. v. 26. Jan. 1907, II 363/06). In erster Reihe aber bleibt für die Ansprüche der Kl. der Umfang der Inkorporationsverpflichtung des Stifts maßgebend.

Da die Verleihungsurkunde nicht erhalten ist, müssen zur Feststellung des Inhalts der Verpflichtung neben Schlüssen aus der allgemeinen Rechtsentwicklung des Inkorporationsrechts die sonstigen geschichtlichen Nachrichten und der Besitzstand herangezogen werden.

Wie weit die Verpflichtung erfüllt worden ist, hängt von ihrem Inhalt ab. (Wird weiter ausgeführt [vgl. RGZ. 147, 236 ff.] und dann fortgefahren:) Der Tatrichter muß erneut die Gesamtheit der Entwicklung feststellen und prüfen, welche Schlüsse aus der Ernestinischen Union, der späteren Zuwendung fremden Vermögens und dem Besitzstand auf den Umfang der zur Zeit der Säkularisation bestehenden Verpflichtung sich ergeben, und ob diese Verpflichtung durch Hingabe der dem ersten Kanoniker gewidmeten Vermögensteile bereits voll erfüllt ist.

Wäre eine solche volle Erfüllung nicht festzustellen, so wäre von dem Umfang der Seelsorgebedürfnisse auszugehen, also anscheinend von der Notwendigkeit, zwei Geistliche zu unterhalten. Es hätte aber der Vermögensschwund und die Entwertung in jedem Falle zu Lasten der Kl. gehen müssen (vgl. RG. IV 474/28 v. 4. Nov. 1929, IV 282/29 v. 30. Juni 1930). Der Ertrag des i. J. 1828 der Kl. überlassenen Vermögens in dem Zustande, in dem es sich jetzt befindet, kann nicht maßgebend sein für die Entsch. der Frage, welchen Teil vom Stamm seiner Verpflichtung der Fiskus durch die Überlassung von Vermögensstücken i. J. 1828 endgültig erfüllt hat.

Die Pflicht des Stifts aus der Inkorporation zur Bestreitung der kirchlichen Bedürfnisse der Kl. bestand dem Grunde ihrer Entstehung nach nicht nur hilfsweise (vgl. Hinschius § 109 II S. 446). Da das ganze Kirchenvermögen

übernommen wurde, war mit anderen Mitteln zunächst gar nicht zu rechnen.

Aus der Natur des Anspruchs aus der Inkorporation läßt sich nicht folgern, daß die Verpflichtung des Stifts und des Staats hinter anderen Einnahmequellen zurückzutreten hat. Ein Recht, sein Vermögen von der Pflicht zur Bestreitung der geistlichen Gehälter dadurch zu entlasten, daß es Steuern erhob, kam dem Stift nach der allgemeinen kirchensteuerrechtlichen Entwicklung nicht zu (vgl. Giese, Deutsches Kirchensteuerrecht bei Stutz, Kirchenrechtliche Abhandlungen Heft 69/71 S. 13; Hinschius a. a. O. § 103 II S. 390 Abs. 5). Aus dem neuzeitlichen Kirchensteuerrecht ergeben sich auch keine Gründe, die aus der Steuerzahlung eine Einwirkung auf die alte Verpflichtung des Bekl. ergäben (vgl. RGZ. 147, 239).

Die Erörterungen des BG. über das Verhältnis, in welchem die Ansprüche der Kl. zu den Bedürfnissen stehen, die für die Aufrechterhaltung des Stifts erforderlich sind, können nicht gebilligt werden. Die Kl. verlangt den Vorrang für ihre Ansprüche. Das BG. billigt diesen Vorrang der Kl. zu. Zur Entsch. dieser Rangfrage muß auf die Rechtslage zurückgegangen werden, die bei dem alten Stift bestand (vgl. RGZ. 147, 240 ff.).

Aus den Bestimmungen des RDHSch. ist nichts dafür zu entnehmen, daß irgendeine Änderung in dem Rangverhältnis der Bedürfnisse für Seelsorger und Stift eingetreten wäre. Es kann die Meinung des BG. nicht als richtig anerkannt werden, daß bei Nichtzureichen der Mittel zur Deckung der Bedürfnisse des Stifts und der Geistlichkeit die letzteren vor den ersteren den Vorrang zu beanspruchen hätten. Der Bekl. darf vielmehr die Einkünfte aus dem alten Stiftsvermögen, die er bisher für das Stift in seiner neuen Form bestimmt hatte, soweit sie dem Umfange nach den Aufwendungen für die Unterhaltung des ehemaligen Kanonissenstifts entsprachen, auch weiterhin für das jetzige Stift verwenden, selbst wenn die neuen Bedürfnisse der Kl. nicht gedeckt werden.

II. Das BG. erkennt das Recht der Bekl. an, die Unzulänglichkeit der Erträge des überkommenen Vermögens vorzuschützen und nachzuweisen. Die Berechtigung zu diesem Einwand ergibt sich aus der ausdrücklichen Bestimmung der Kabinettsorder v. 25. Sept. 1834. Diese Berechtigung ist in RGZ. 111, 222 = JW. 1925, 2436 (mit Berichtigung RGZ. 116, 412) auf Grund der Kabinettsorder v. 25. Sept. 1834 auch für die Klagegründe aus der Gesamtnachfolge anerkannt worden. Die Gesetzesnatur der Kabinettsorder v. 25. Sept. 1834 ist vom RG.: RGZ. 111, 211 begründet worden. Das RG. hat diese gesetzliche Bestimmung in Anwendung zu bringen, soweit es nicht durch das Urt. des Kompetenzgerichtshofs daran gehindert ist. Die Behinderung beschränkt sich, unter Ausschluß jeden Eingriffs in die Sache selbst, auf die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs, also auf die Frage, ob der Klageanspruch, soweit er auf die Kabinettsorder gestützt ist, vom ordentlichen Gericht geprüft werden darf. Nur in dieser Beschränkung ist das ordentliche Gericht gebunden (vgl. Gaupp-Stein-Jonas ZPO., vor § 1, II E² S. 14 vor Note 128). Die Einwendungen des Gegners gegen die Ansprüche, für die der Rechtsweg offensteht, unterliegen unbeschränkt der Prüfung des ordentlichen Gerichts.

III. Da das Vermögen des Stifts vom sonstigen Staatsvermögen getrennt gehalten worden ist, bestehen Schwierigkeiten hinsichtlich der Feststellung aller dieser Vermögensteile nicht.

Diese Absonderung des Stiftsvermögens hat dadurch keine Einbuße erlitten, daß Teile des Stiftsvermögens im Laufe der Zeit in preuß. Staatsschuldpapieren angelegt worden sind, also Inhaberwertpapiere angeschafft worden sind. Die Folgerung des BG., daß durch die Vereinigung von Schuldner (Staat) und Gläubiger (statio fisci Stiftsfonds G.: Staat) die Staatsschuld erloschen, daher das Stiftsvermögen für Staatszwecke verwendet und nunmehr insoweit im allgemeinen Staatsvermögen untergegangen sei, ist unrichtig. Eine Tilgung der Schuld war nicht beabsichtigt, sondern eine Anlage des Stiftsvermögens. Dadurch unterscheidet sich der vorl. Fall von dem in JW. 1928, 3233 behandelten Urt. v. 2. Okt. 1928, II 517/28. Dort waren versilberte Teile des säkularisierten Vermögens zur Tilgung von Schulden des Staats verwendet und damit diese Vermögensstücke allerdings in das allgemeine Staatsvermögen übernommen worden, was hier nicht der Fall ist. Der Rechtssatz, daß durch Vereinigung von Gläubiger und Schuldner eine Forderung erlischt, gilt nur im Bereich des Rechts der Schuldverhältnisse als selbstverständlich. Im Gebiet des Sachenrechts ist der Vereinigung nicht die gleiche Wirkung beigelegt (vgl. RGR-Komm., Anm. 2 vor § 241 BGB.). Das Recht der Schuldverschreibung auf den Inhaber ist so stark mit sachenrechtlichen Einflüssen durchsetzt (§§ 793, 935, 1207, 1293 BGB., § 821, 23 ZPO. [dazu RGZ. 58, 10]), daß der für das Recht der Schuldverhältnisse gültige Satz von dem Untergang der Forderung durch Zusammentreffen von Gläubiger- und Schuldnerschaft auf das Recht aus dem Inhaberpapier nicht anzuwenden ist (vgl. RGZ. 18, 6 [9] und die dort angeführten Schriftsteller). Durch den Erwerb der Schuldverschreibungen für den Stiftsfonds ist an der Rechtslage und der Absonderung vom allgemeinen Staatsvermögen also nichts geändert. Im übrigen wäre bei Untergang eines Schuldverhältnisses durch Vereinigung von Schuldner und Gläubiger auch für den Unzulänglichkeitseinwand aus der Säkularisationsverpflichtung der in § 1991 Abs. 2 BGB. ausgesprochene Rechtsgedanke anzuwenden gewesen, der zu dem gleichen Ergebnis führt. Denn wenn das Recht einem Schuldner eine besondere Rechtsstellung dahin gewähren will, daß er nur mit den Erträgen einer bestimmten Vermögensmasse hafte, und er zu diesem Zweck diese Vermögensmasse gesondert zu halten veranlaßt ist, dann will das Recht dem Schuldner auch die Möglichkeit dazu bieten und nicht durch Rechtsfolgen, die in anderen Verhältnissen angemessen sind, den von ihm erstrebten Erfolg selbst verhindern.

Der Inflationsverlust an den Inhaberpapieren ist bei Feststellung des Bestandes des eingezogenen Stiftsvermögens und der Höhe der verbleibenden Einkünfte zu Lasten der Kl. zu berücksichtigen.

Haben Renten und Zehnten zum Stiftsvermögen gehört, die der Ablösungsgesetzgebung unterlagen, so können nur die Ablösungskapitalien dem Stiftsvermögen als Ersatzstücke zugeschrieben werden; ihre Anlage war Sache des Staats und ihn trifft kein Vorwurf, wenn er Rentenbriefe dafür erhalten und behalten hat und diese einer Entwertung nicht entgangen sind. Nur ihr Aufwertungsbetrag kann jetzt als Stiftsvermögen betrachtet werden (vgl. RGZ. 147, 246).

Wie im übrigen die Berechnung aufzustellen ist, ist in RGZ. 143, 143 näher dargelegt.

Schließlich besteht Streit, ob der Bekl. sich die Zuschüsse, die auf Grund des PfarrerBesoldG. der Kl. zugeflossen sind, auf die Forderung aus der Inkorporationsverpflichtung anrechnen kann. Die PrPfarrerBesoldG. haben zwar nicht, wie etwa das württemb. (VO. v. 24. Dez. 1923 § 2 [RBl. 1924, 183]), eine ausdrückliche Anordnung dieses Inhalts in sich aufgenommen. Es ist aber durch die Kabinettsorder vom 25. Sept. 1834 angeordnet worden, daß im Falle der staatlichen Gewährung einer anderweiten Dotation oder Aushilfe für den gottesdienstlichen Bedarf der diesfällige Betrag von dem rechtlichen Anspruch abgerechnet werden muß und daher hat auch das RG. immer die Anrechnungsfähigkeit anerkannt (vgl. RG. IV 722/26 v. 23. Juni 1927 [Archiv kath. Kirchenrecht Bd. 107 S. 731]; IV 282/29 v. 30. Juni 1930).

(U. v. 1. April 1935; IV 179/34. — Hamm.) [v. B.]
<= RGZ. 147, 233.>

*

12. §§ 256, 704 ZPO. Zweifel bei der Auslegung eines Urteils hinsichtlich der Zwangsvollstreckung sind zunächst im Vollstreckungsverfahren zu klären. Jedoch kann bei erheblichen Zweifeln auch eine Feststellungsklage mit dem Ziele der Auslegung des Urteils erhoben werden.†)

Zweifel, die sich bei der Auslegung eines Urt. im Hinblick auf die Zwangsvollstreckung ergeben, müssen zunächst im Vollstreckungsverfahren gelöst werden, wie dies im vorliegenden Falle, wo es sich um die Rechnungslegung der Kl.

handelt, auf den Straffestsetzungsantrag der Bekl. hin vom LG. als Prozeßgericht gem. § 888 ZPO. und sodann vom BG. als BeschwG. im Beschlußverfahren versucht worden ist. Das Vollstreckungsverfahren schließt es seinem Wesen nach aber nicht aus, daß der Schuldner den bei erheblichen Zweifeln zweckmäßigeren Weg einer Feststellungsklage einschlägt, die nichts weiter zum Ziele hat als die Auslegung des vollstreckbaren Urt. im ordentlichen Prozeß. Man kann dies Feststellung des Urteilsinhalts nennen, wie es der erk. Sen. in seinem Urt. v. 16. April 1913 (RGZ. 82, 162 [164]) getan hat, und sich doch darüber klar sein, daß es sich letzten Endes um die Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien handelt (Stein-Jonas, II 3a zu § 704 ZPO.). Aber doch eben nur um die Feststellung innerhalb der Grenzen des auszulegenden Urt. Soll ein über dieses hinausgehender Sachverhalt der Entsch. des Gerichts unterbreitet werden, so kann das nur durch eine ganz neue Klage geschehen, die z. B. der Gläubiger, wenn Patentverletzung in Frage steht, auf eine bestimmte, vorher noch nicht angegriffene Konstruktion des Schuldners stützen kann (RGZ. a. a. O.). Bei Feststellung des Inhalts eines im Patentverletzungsprozeß ergangenen Urt. geht es aber gerade um die Frage, ob eine in dieser Hinsicht streitig gewordene Konstruktion oder, wie im vorliegenden Falle, ein streitig gewordenes Verfahren ohne weiteres unter jenes Urt. fällt oder ob, weil dies nicht der Fall ist, um einen neuen Tatbestand der Patentverletzung erneut zwischen den Parteien gestritten werden muß. Dies letzte behauptet die Kl. im gegenwärtigen Rechtsstreit; sie wünscht die negative Feststellung, daß sich das im Vorprozeß ergangene Urt. nicht auf ein Verfahren erstrecke, nach dem bei sonst gleichen Merkmalen statt Spiritusharzfarbe Zaponlack angewendet wird.

Ein rechtliches Interesse an dieser Feststellung ist der Kl., von der ihrer Ansicht nach in zu weitem Umfange Rechnungslegung verlangt wird, nicht abzusprechen. Es handelt sich hier um einen nicht einfach liegenden Fall der Urteilsauslegung, wie sich daraus ergibt, daß im Straffestsetzungsverfahren ein Sachverständiger hat vernommen werden müssen. Da kann es dem Schuldner trotz anhängigen Vollstreckungsverfahrens nicht versagt werden, daß er sein Recht auf Einhaltung der Urteilsgrenzen im Prozeßwege verfolgt, der ihm die mündliche Verhandlung ermöglicht und die RevInst. eröffnet.

Der Rev. muß zugegeben werden, daß das BG. in seiner Auslegung des vollstreckbaren Urt. dessen Grenzen überschritten hat, auch wenn dabei berücksichtigt wird, daß für die Tragweite der Rechtskraft eines Urt. dessen Sinn entscheidend sein muß (RGZ. 144, 224 = JW. 1934, 2048[13] und das Urt. des erk. Sen. v. 2. Febr. 1935, I 120/34: JW. 1935, 1574[17]).

(U. v. 2. März 1935; I 226/34. — Berlin.) [K.]

Anmerkung: Daß Zweifel über die Auslegung und Tragweite eines Urteils u. U. im Wege einer besonderen Feststellungsklage geklärt werden können, ist heute wohl allgemeine Meinung (vgl. Stein-Jonas, 15. Aufl., vor § 704 Bem. II 3a; Baumbach, § 767 Bem. 2B; Seuffert-Walsmann, § 256 Bem. 2c). Dabei liegt es in der Natur der Sache, daß solche Zweifel seltener bei Leistungsurteilen als bei Unterlassungsurteilen und hier wieder ganz besonders bei Patentverletzungen vorkommen. Die bisher besonders bekannt gewordenen RG.-Entsch. auf diesem Gebiet betreffen denn auch sämtlich solche Unterlassungsurteile in Patentsachen, so vor allem RG. 82, 161 und das in der hier vorl. Entsch. erwähnte Urteil des 1. Senats vom 2. Febr. 1935, I 120/34, abgedr.: JW. 1935, 1575 mit Anm. von Kallfelz.

Streitig ist nun einmal die Frage, ob der Gegenstand dieser Feststellungsklage die Feststellung des materiellen Rechtsverhältnisses oder nur des Inhalts des ersten Urteils sei. Das RG. meint, daß es sich letzten Endes um die Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien handle, aber doch eben nur um die Feststellung innerhalb der Grenzen des auszulegenden Urteils. Sehr deutlich ist die Formulierung gerade nicht. Das RG. gibt aber selbst an späterer Stelle den entscheidenden Gesichtspunkt an, indem es sagt, es stehe bei dieser Feststellungsklage nicht in Rede, ob die Verwendung von Zaponlack statt Spiritusfarbe gegen das Patent der Bekl. verstoße, sondern nur, ob diese Verwendung ohne weiteres unter das im Urteil ausgesprochene Verbot falle. Also doch eben nicht Feststellung des materiellen Rechtsverhältnisses, das ja ausdrücklich dahingestellt bleibt und erst im Wege eines neuen Patentprozesses geklärt werden soll, sondern Feststellung des Urteilsinhaltes!

Aus der bisherigen Rspr. ist nicht mit Sicherheit zu entnehmen, wann denn eine solche Feststellungsklage neben dem Verfahren der §§ 887 ff. zulässig sein soll. Das RG. begründet im vorl. Fall die Zulässigkeit damit, daß der Schuldner bei erheblichen Zweifeln den zweckmäßigeren Weg einer Feststellungsklage müsse beschreiten können, und an anderer Stelle des Urteils wird darauf hingewiesen, daß es sich um einen nicht einfach liegenden Fall der Urteilsauslegung handle, wie sich aus der Notwendigkeit, einen Sachverständigen zu vernehmen, ergebe. In der Entsch.: JW. 1935, 1575 wird die Zulässigkeit der Feststellungsklage außerdem noch damit begründet, daß die Klage ungefähr gleichzeitig mit dem Antrag auf Zurückweisung des Antrages auf Straffestsetzung erhoben worden sei. Nun ist zwar Kallfelz zuzugeben, daß das zuletzt erwähnte Moment für die Frage nach der Zulässigkeit der Feststellungsklage sicherlich nicht von Bedeutung sein kann. Wenn er aber weiter meint, auch das vom RG. aufgestellte Erfordernis, daß der Urteilsinhalt zu erheblichen Zweifeln Anlaß geben müsse, lasse sich rechtssystematisch nicht begründen, so kann ich ihm darin nicht zustimmen. Denn das für die Zulässigkeit der Feststellungsklage nach § 256 notwendige Interesse an alsbaldiger Feststellung ist eben nicht vorhanden, wenn sich die Zweifel an der Tragweite des Urteils ohne weiteres im Vollstreckungsverfahren lösen lassen. Freilich wird damit die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit der Feststellungsklage ganz in das Ermessen des Gerichts gestellt. Das ist aber auch in anderen Fällen des § 256 ZPO. nicht anders. Das RG. will eben offenbar mit der Hervorhebung der Erheblichkeit der Zweifel und der Schwierigkeit des Falles nichts anderes sagen, als daß das Feststellungsinteresse i. S. des § 256 gegeben sein müsse. Das ist „rechtssystematisch“ durchaus richtig. Im übrigen handelt es sich hier auch um eine wesentlich praktische Frage, wie der Hinweis des RG. darauf zeigt, daß nur die Zulassung der Feststellungsklage dem Schuldner die Rev. eröffne.

Endlich sei noch bemerkt, daß das Urteil in einem solchen Feststellungsprozesse die Rechtskraft einer etwa inzwischen erfolgten Straffestsetzung unberührt läßt und nur für die Zukunft eine neue Bestrafung unmöglich macht. Der Tenor lautete übrigens in diesem Falle: „Es wird festgestellt, daß das zwischen den Parteien ergangene Urteil des LG. I in Berlin v. 1. Febr. 1929 nicht die Verwendung von Zaponlack deckt.“

RA. Dr. Bartels, Bochum.

*

13. § 28 alte VerglO. Die Erfüllung eines Gesellschaftsvertrages kann mit Ermächtigung des Gerichtes von einem Gesellschafter abgelehnt werden, wenn der Vertrag zur Zeit die Eröffnung des Vergleichsverfahrens von dem Schuldner oder dem andern Teil noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt war.†)

Die Parteien sind Brüder. Durch Gesellschaftsvertrag v. 12. Dez. 1922 mit Nachtragsvertrag v. 25. März 1926 gründeten sie gemeinschaftlich mit ihrem Vater M. T. unter der Firma M. T. eine OHG. Der Vater brachte sein Geschäft in die Firma ein, während die Söhne keine Einlage zu machen, sondern nur ihre ganze Arbeitskraft dem Geschäft zu widmen hatten. Der Vater bestimmte in seinem Testament, daß die beiden Parteien seine Erben sein und daß sie nach seinem Tode das Geschäft als KommGes. weiterführen sollten. Der Bekl. sollte persönlich haftender Gesellschafter, der Kl. Kommanditist sein. Innerhalb der ersten 15 Jahre nach dem Tode des Vaters sollte das Gesellschaftsverhältnis unkündbar sein. Seit dem Tode des Vaters, Ende 1926, betrieben die Parteien das Geschäft als KommGes., nachdem sie eine entsprechende Anmeldung zum Handelsregister erklärt hatten. Auf Antrag des Bekl. wurde i. J. 1932 sowohl über das Vermögen der KommGes. wie über das sonstige Vermögen des Bekl. das gerichtliche Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses eröffnet. Die KommGes. machte ihren Gläubigern einen Vergleichsvorschlag. Auf Antrag des Bekl. ermächtigte ihn das Vergleichsgericht gem. § 28 VerglO., die weitere Erfüllung des Gesellschaftsvertrages abzulehnen. Der Bekl. erklärte die Ablehnung. Mit der Klage beantragt der Kl. festzustellen, daß das Kommanditverhältnis noch be-

stehe und der Bekl. nicht befugt sei, die Erfüllung des Gesellschaftsvertrages zu verweigern.

In der Schlußverhandlung beantragte er, fürsorglich den Bekl. zu verurteilen, beim AG. F. als zuständigem Registergericht mit dem Kl. gemeinschaftlich zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, daß die frühere KommGes. in Firma M. T. unter dem 10. Mai 1932 aufgelöst worden ist und daß die Liquidatoren der Gesellschaft der Kaufmann K. T. und der Kaufmann P. T. in B. sind.

Der Bekl. ist in allen Instanzen nach dem Hilfsantrag verurteilt worden.

Zur Entsch. steht die Frage, ob die Erfüllung eines Gesellschaftsvertrages von einem Gesellschafter mit Ermächtigung des Gerichts abgelehnt werden kann, wenn der Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens von dem Schuldner oder dem anderen Teil noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt ist (§ 28 alte VerglO. v. 5. Juli 1927). Unbestreitbar ist, daß der Gesellschaftsvertrag nach dem Sprachgebrauch des bürgerlichen Rechtes zu den gegenseitigen Verträgen gehört (RGZ. 78, 303 = JW. 1912, 533). Es liegt auch nichts dafür vor, daß unter einem gegenseitigen Vertrag i. S. der §§ 4, 28 alte VerglO. etwas anderes zu verstehen ist, als nach dem Sprachgebrauch des allgemeinen bürgerlichen Rechtes. Danach handelt es sich bei gegenseitigen Verträgen um solche, aus denen jeder Teil dem anderen eine Leistung schuldet, und bei denen jede Leistung deshalb geschuldet wird, weil die andere geschuldet wird. Gerade auf diesem wesentlichen Inhalt des gegenseitigen Vertrages beruhen auch die Bestimmungen der §§ 4, 28 alte VerglO. Wegen dieses Inhalts sollen die Gläubiger aus solchen Verträgen am Vergleichsverfahren nicht beteiligt sein, wenn ihre Ansprüche zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens von dem Schuldner und von dem anderen Teile noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt sind (§ 4). Andererseits soll gerade wegen der weitreichenden Bedeutung solcher nicht vollständig erfüllter Verträge sowohl für den Vergleichsschuldner wie den anderen Teil eine Lösungsmöglichkeit geschaffen werden (§ 28). Nach seiner allgemeinen Fassung gilt § 28 alte VerglO. für alle gegenseitigen Verträge. Eine Ausnahme macht das Gesetz nur für die in § 29 genannten Miet-, Pacht- und Dienstverträge. Die dort gegebene besondere Regelung ergibt sich aus der Besonderheit dieser Verträge. Die Umstände, die allgemein für die Möglichkeit der Ablehnung der weiteren Erfüllung sprechen, können auch bei Verpflichtungen aus Gesellschaftsverträgen vorhanden sein. Denn das Weiterbestehen von Verpflichtungen zur Erfüllung von Verbindlichkeiten aus Gesellschaftsverträgen kann das Zustandekommen oder die Ausführbarkeit eines Vergleiches gefährden; ebenso kann es im Interesse des anderen Teiles liegen, von der weiteren Erfüllungspflicht befreit zu werden, wenn der eine Teil genötigt ist, zwecks Abwendung des Konkurses mit seinen Gläubigern einen Vergleich abzuschließen. Dem BG. ist auch darin beizutreten, daß der Gesellschaftsvertrag, solange die Gesellschaft besteht, noch nicht beiderseits erfüllt ist. Auch wenn die Einlagen geleistet sind und insofern eine weitere Verpflichtung nicht besteht, können noch Verpflichtungen vorhanden sein, wie die zur Dienstleistung. Auch besteht dauernd die gegenseitige gesellschaftliche Treupflicht.

Die gegen die Anwendbarkeit des § 28 alte VerglO. auf Gesellschaftsverträge erhobenen Bedenken können zu einer anderen Auffassung nicht führen. Selbstverständlich kann die Gesellschaft, die selbst Subjekt des Verfahrens ist, in ihrem eigenen Vergleichsverfahren nicht die Erfüllung des Vertrages ablehnen, auf dem sie beruht. Wohl aber kann es einer der Gesellschafter tun, wenn über sein sonstiges Vermögen ein besonderes Vergleichsverfahren eröffnet ist. In diesem Verfahren kann er ein Interesse daran haben, von Verpflichtungen aus einer gesellschaftlichen Bindung befreit zu werden, um in seinem eigenen Vergleichsverfahren einen Vergleich zu ermöglichen. Auch die Wirkungen, die die Ablehnung der Vertragserfüllung auf den Bestand der Gesellschaft hat, ergeben nicht die rechtliche Unmöglichkeit der Anwendung des § 28 alte VerglO. auf Gesellschaftsverträge überhaupt. Zwar ist anzunehmen, daß die Ablehnung der Erfüllung des Gesellschaftsvertrages durch einen Gesellschafter zugleich die fristlose Kündigung der Gesellschaft und damit deren Liquidation und weiter auch die Auflösung des von ihr betriebenen Unternehmens zur Folge hat. Der Auffassung von Düringer-Hachenburg-Flechtheim, HGB. Bd. II S. 751, daß die Gesellschaft trotzdem fortbestehen bleibe, kann nicht beigetreten werden. Der die Erfüllung Ablehnende wäre dann ein Gesellschafter ohne Rechte und Pflichten. Ein Gesellschafter kann nicht einerseits die Erfüllung ablehnen, andererseits an den Vorteilen der fortgeführten Gesellschaft teilnehmen. Auch die Vorschrift des § 133 HGB., nach der die Auflösung der Gesellschaft nur durch gerichtliches Urteil ausgesprochen werden kann, steht nicht entgegen. Wie schon § 131 HGB. zeigt, gibt es noch andere Auflösungsmöglichkeiten, wie diejenige, durch richterliches Gestaltungsurteil. Wenn die alte VerglO. entsprechend den seit Erlassung des HGB. geänderten Verhältnissen die Ablehnung der Erfüllung gegenseitiger Verträge allgemein in vereinfachter Form zuläßt, so ist damit das Recht der Handelsgesellschaften ergänzt oder geändert worden. Aus dem Bedürfnis der sofortigen Auflösung der Gesellschaft ergibt sich auch, daß der Gesetzgeber der VerglO. auch ihre rechtliche Zulässigkeit aussprechen wollte. Auch die Gefahr eines Mißbrauches des § 28 alte VerglO. spricht nicht gegen die Zulässigkeit der Ablehnung der weiteren Erfüllung eines Gesellschaftsvertrages. Der Mißbrauch könnte darin bestehen, daß ein Gesellschafter das Ablehnungsrecht ausübt, nicht um in seinem neben dem gesellschaftlichen Vergleichsverfahren herlaufenden besonderen Vergleichsverfahren einen Vergleich herbeizuführen, sondern um den anderen Gesellschafter aus dem gesellschaftlichen Unternehmen herauszudrängen und das Geschäft der Gesellschaft allein fortzuführen. Dieses Ziel könnte er aber nicht erreichen, wenn die Ablehnung der Erfüllung des Gesellschaftsvertrages die Folge hat, daß die Gesellschaft aufgelöst wird und in Liquidation tritt. Denn die Auflösung würde dem Ablehnenden nicht das Recht geben, das Geschäft zu übernehmen. Der Gefahr eines Mißbrauchs ist ferner dadurch vorgebeugt, daß zur Ablehnung der Vertragserfüllung die Ermächtigung des Vergleichsgerichts erforderlich ist, das vor der Entsch. den Vertragsgegner, also den anderen Gesellschafter, zu hören hat, und daß die Ermächtigung nur erteilt werden soll, wenn die Erfüllung oder die weitere Erfüllung des Vertrages das Zustandekommen oder die Ausführbarkeit des Vergleichs gefährden würde und die Ablehnung der Erfüllung dem anderen Teile keinen unverhältnismäßigen Schaden bringt. Zwar unterliegt es nicht der Nachprüfung des Prozeßgerichts, ob der Vergleichsrichter von dem ihm obliegenden Ermessen einen sachgemäßen Gebrauch gemacht hat. Der Prozeßrichter hat vielmehr nur zu prüfen, ob die Voraussetzungen zur Ablehnung im übrigen vorhanden sind, d. h. ob ein gegenseitiger, beiderseits noch nicht oder nicht vollständig erfüllter Vertrag vorliegt. Immerhin bietet die unter Verantwortlichkeit des Vergleichsrichters zu treffende Entsch., ob die Ermächtigung zu erteilen ist, doch einen ausreichenden Schutz gegen einen Mißbrauch des Ablehnungsrechts.

Da hiernach der Bekl. in gesetzlich zulässiger Weise die weitere Erfüllung des Gesellschaftsvertrages abgelehnt hat, war die Rev. zurückzuweisen.

(U. v. 5. April 1935; II 327/34. — Dresden.) [K.]

<= RGZ. 147, 340.>

Anmerkung: Gläubiger aus einem gegenseitigen Vertrag, der bei der Eröffnung des Vergleichsverfahrens beiderseits noch nicht voll erfüllt ist, sind am Vergleichsverfahren nicht beteiligt. Beispiel: Der Vergleichsschuldner hat eine Werkzeugmaschine bestellt, die bei Verfahrenseröffnung noch nicht geliefert ist; der Werklieferungsvertrag wird an sich durch das Vergleichsverfahren nicht berührt, der Vergleichsschuldner kann aber unter gewissen Voraussetzungen mit Ermächtigung des Vergleichsgerichts die Erfüllung oder die weitere Erfüllung des Vertrags ablehnen. Dies wird er z. B. tun, wenn er infolge Verkleinerung des Betriebes für die Maschine keine Verwendung mehr hat.

An diese Rechtssätze der §§ 4, 28 der alten VerglO. (die den §§ 36, 50 der neuen VerglO. entsprechen) knüpfen sich zahlreiche Streitfragen. Unter anderem ist seit langem und bis in die letzte Zeit hinein streitig, ob der Gesellschaftsvertrag als ein gegenseitiger

Vertrag i. S. jener Vorschr. anzusehen ist. Die Frage wird u. a. bejaht von Kiesow (der bei der obigen Entsch. den Vorsitz geführt hat) in seinem Komm § 28 Anm. 3 und von den dort Angeführten; auch ich habe mich in meinem Erläuterungsbuch zur neuen VerglO. auf S. 222 im gleichen Sinne ausgesprochen. Sie wird dagegen verneint u. a. von Bley, § 4 I 1 d.

Das Hauptbedenken wird daraus hergeleitet, daß nach §§ 132, 133, 161 HGB. eine OHG. oder KommGes. regelmäßig nur durch eine langfristige Kündigung oder durch ein rechtsgestaltendes gerichtliches Urteil aufgelöst werden könne. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß z. B. nach § 131 Nr. 3 HGB. die Gesellschaft auch durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst wird; weshalb soll der Gesetzgeber nicht aussprechen können, daß ein Gesellschafter, über dessen Vermögen das Vergleichsverfahren eröffnet ist, die Gesellschaft fristlos kündigen und hierdurch gem. § 131 Nr. 6 HGB. auflösen kann? Sowohl die alte wie die neue VerglO. haben dem Vergleichsschuldner (abgesehen von bestimmten hier nicht in Frage kommenden Ausnahmen) ein Lossagungsrecht für alle gegenseitigen Verträge gegeben. Es entspricht daher nur dem Gesetz, wenn das RG. feststellt, daß das Lossagungsrecht sich auch auf den Gesellschaftsvertrag bezieht.

MinR. Dr. Vogels, Berlin.

Reichsgericht: Strafsachen

14. Art. 5 Abs. 3 GewohnhVerbrG.; Art. 14 AusfG. z. GewohnhVerbrG. v. 24. Nov. 1933 (RGBl. I, 1000); § 42k Abs. 1 Nr. 1 StGB. Voraussetzungen für die Anordnung der Entmannung und der Sicherungsverwahrung.

1. Das Gericht ist befugt, diejenige der beiden Sicherungsmaßnahmen, die nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung geboten ist, anzuordnen ohne Rücksicht darauf, ob die StA. die eine oder die andere anzuordnen beantragt hatte.

2. Es ist auch zulässig, beide Maßnahmen nebeneinander nachträglich anzuordnen, sofern nur eine Maßnahme rechtzeitig und ordnungsmäßig beantragt worden war, und die sachlichen Voraussetzungen für beide Maßnahmen vorliegen. †)

(1. Sen. v. 25. Juni 1935; 1 D 427/35.)

Anmerkung: Der 1. Sen. schließt sich mit vorstehender Entsch. dem Urteil des 2. StrSen. v. 21. Juni 1934: JW. 1934, 2150 [21] an, wonach das Gericht, wenn ein Antrag auf nachträgliche Anordnung der Entmannung oder ein Antrag auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung gestellt ist, nicht durch die Richtung des Antrages gebunden ist. Der Rechtssatz zu Ziff. 2 enthält eine Fortentwicklung des bereits dem Urteil des 2. Sen. zugrunde liegenden Gedankens.

RA. Rudolf Hensen, Berlin.

*

****15.** § 42b StGB. Die mit Strafe bedrohte Handlung, die das Gericht zur Anordnung der Unterbringung veranlaßt, muß die Gefahr des Täters für die öffentliche Sicherheit in irgendeiner Weise aufzeigen. Es kann eine Handlung ausreichen, die erst im Zusammenhang mit dem sonstigen Verhalten des Täters die von ihm ausgehende Gefahr erkennen läßt. †)

A. § 42b StGB. bestimmt nicht, daß die mit Strafe bedrohte Handlung, die das Gericht zur Anordnung der Unterbringung des Täters in einer Heil- oder Pflegeanstalt verpflichtet, derart sein müßte, daß sie „selbst für die Allgemeinheit gefährlich erschiene oder wenigstens den gemeingefährlichen Charakter des Rechtsbrechers erkennen ließe“. Weder der Sinn noch der Wortlaut der Best. lassen ein solches Erfordernis erkennen. Allerdings muß ein Zusammenhang zwischen der Handlung und der von dem Unzurechnungsfähigen oder beschränkt Zurechnungsfähigen ausgehenden Gefahr bestehen. Andernfalls wäre es nicht verständlich, daß das Gesetz die Anordnung der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt von der Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung abhängig macht. Soll aber das Gesetz seinen vorbeugenden Zweck erfüllen, so dürfen an einen solchen Zusammenhang nicht allzu strenge Anforderungen gestellt werden. Es muß, da einschränkende gesetzliche Best. fehlen, genügen, daß die mit Strafe bedrohte Handlung die Gefahr des Täters für die öffentliche Sicherheit auf irgendeine Weise aufzeigt. Dafür kann auch eine Handlung ausreichen, die erst im Zusammenhalte mit dem sonstigen Verhalten des Täters die von ihm ausgehende Gefahr erkennen läßt. Diese Handlung kann auch anderer Art sein als die von dem Täter seiner Veranlagung oder seiner Geistes- oder Willensverfassung nach hauptsächlich zu erwartenden. Nur muß die das Verfahren veranlassende Handlung auf dieselbe Quelle zurückzuführen sein wie jene und als Ausfluß der aus dieser Quelle herrührenden Gefährdung der öffentlichen Sicherheit erscheinen.

Vorliegend sieht das LG. die von X. ausgehende Gefahr vor allem in seiner Neigung zu Gewalttätigkeiten. Es legt dar, daß die infolge dieser Neigung von ihm bereits verübten Gewalttätigkeiten und der falsche Eid, den X. geleistet hat, dieselbe Ursache haben, nämlich seine krankhafte Geistesverfassung. Wenn dann das LG. fortfährt, daß X. infolge dieser Geistesverfassung dazu gelangt sei, einen falschen Eid zu leisten und somit die allgemeine Sicherheit zu verletzen, und daß zu besorgen sei, er werde, wenn er nicht anderweit untergebracht werde, seine rechtswidrigen Handlungen, durch die die öffentliche Sicherheit verletzt werde, fortsetzen, so kann dies nichts anderes bedeuten, als daß X. dahin gelangt sei, nun auch noch andere Straftaten als Gewalttätigkeiten zu begehen, und daß die Gefahr der Wiederholung auch für solche Straftaten bestehe. Mit diesen Ausführungen hat das LG. den nach dem Obigen zu fordernden Zusammenhang zwischen der mit Strafe bedrohten Handlung (hier einem Meineid) und der von X. allgemein ausgehenden Gefahr hinreichend dargetan.

B. Das LG. hat auch im übrigen die Voraussetzungen des § 42b StGB. rechtlich einwandfrei dargetan.

Das LG. stellt fest, daß zu befürchten ist, X. werde, wenn er nicht in einer Heil- oder Pflegeanstalt untergebracht werde, seine rechtswidrigen Handlungen fortsetzen. Damit läßt das LG. erkennen, daß die von X. ausgehende Gefahr auch noch für die Zukunft besteht. Ist dies der Fall, dann erfordert die öffentliche Sicherheit seine Unterbringung, gleichviel, wann er die festgestellten Gewalttätigkeiten verübt hat (vgl. RGSt. 68, 351 = JW. 1935, 282 [12]).

Der Tatrichter braucht in seinem Urteil nicht alle Umstände anzugeben, die in der Hauptverhandlung erörtert worden sind. Er braucht auch nicht zu jedem einzelnen Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung zu nehmen. Daraus, daß das LG. Bekundungen von Zeugen nicht erwähnt, kann daher nicht geschlossen werden, daß es den § 261 StPO. verletzt und seine Überzeugung nicht aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpft hätte.

Es ist nicht ersichtlich, daß das LG. verkannt hätte, daß ein Unzurechnungsfähiger auch noch auf andere Weise als durch Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt sichergestellt werden kann. Die naheliegende und hier allein in Betracht kommende Möglichkeit, daß der Unzurechnungsfähige unter häusliche Aufsicht gestellt werde, ist nach der offenbaren Meinung des LG. ausgeschlossen. Denn es führt im Urteil auch Fälle an, in denen X. gewalttätig gegen seine Ehefrau vorgegangen ist und seine Wut an ihm gehörigen Sachen und Tieren ausgelassen hat. Damit, daß das LG. diese Fälle zum Nachweis der von X. ausgehenden Gefahr aufzählt, verneint es stillschweigend die Möglichkeit, daß häusliche Aufsicht zur Beseitigung dieser Gefahr ausreichte.

(5. Sen. v. 17. Juni 1935; 5 D 339/35.)

Anmerkung: Wenn das RG. eine Gefährdung der Allgemeinheit oder Gemeingefährlichkeit bei Anwendung des § 42b StGB. nicht für erforderlich erachtet, so befindet es sich in Übereinstimmung mit der bisherigen Rspr. Das KG. führt in der in JW. 1934, 1592 [11] abgedruckten Entsch. in Übereinstimmung mit der amtlichen Begr. zum GewohnhVerbrG. v. 24. Nov. 1933 (RGBl. I, 995),

abgedruckt in RAnz. Nr. 277, aus, die öffentliche Sicherheit erfordere dann die Anordnung der Unterbringung, wenn von dem Täter, abgesehen von den mit Rücksicht auf ihre Geringfügigkeit ausdrücklich ausgeschiedenen Übertretungen, weitere Angriffe auf strafrechtlich geschützte Güter irgendwelcher Art zu besorgen sind, und diese Gefahr auf andere Weise nicht gebannt werden kann. Dabei sei es gleichgültig, ob sich die Angriffe gegen einzelne Personen, eine Personenmehrheit oder Rechtsgüter der Allgemeinheit richteten.

Mit Recht lehnt das RG. es fernerhin ab, die von dem Täter ausgehende Gefahr auf den Hang zu *bestimmten* Straftaten abzustellen. Ist er beispielsweise mehrfach wegen Raubes bestraft, so braucht es sich bei der neuen, den Anlaß zur Unterbringung gemäß § 42b gebenden Straftat keineswegs unbedingt wieder um Raub zu handeln, also um eine Straftat, die der besonders hervortretenden Veranlagung des Täters entspricht und deshalb in besonderem Maße und in bestimmter Richtung sein wahrscheinliches künftiges Verhalten erkennen läßt. Es genügt auch eine nicht einschlägige Straftat, sofern sie im Zusammenhalt mit dem sonstigen Verhalten des Täters erkennen läßt, daß er kraft seiner krankhaften Veranlagung in irgendeiner Weise gegen rechtlich geschützte Güter vorgehen wird.

Das RG. trägt damit dem Zweck des Gesetzes, den Schutz der Volksgemeinschaft gegen verbrecherische Schädlinge zu verbürgen, in wirksamer Weise Rechnung.

StAR. Dr. Richter, Berlin.

*

16. § 42b StGB. *Bei vermindert Zurechnungsfähigen kann die Unterbringung nach § 42b StGB. nur ausgesprochen werden, wenn sie zu Strafe verurteilt werden. Es ist nicht statthaft, das Verfahren auf Grund des StraffreihG. einzustellen und selbständig die Unterbringung des vermindert zurechnungsfähigen Angekl. in einer Heil- oder Pflegeanstalt anzuordnen.*

Die Frage, wie weit eine Einstellung des Verfahrens infolge Niederschlagung auch auf Nebenfolgen der Straftat wirkt, ist im StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 nicht ausdrücklich geregelt. In § 7 ist nur bestimmt, daß sich der *Straferlaß* auf Nebenstrafen und Sicherungsmaßnahmen erstreckt, soweit sie noch nicht vollstreckt sind. Besserungsmaßnahmen sind nicht genannt. Im Schrifttum ist die Ansicht vertreten, daß sie nicht unter die Amnestie fallen (*Schäfer*: DJ. 1934, 1050 und JW. 1934, 2301).

Dieser Schluß kann jedoch, soweit es sich um die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt bei vermindert Zurechnungsfähigen handelt, nicht gezogen werden. Zwar unterscheidet der Wortlaut des § 42b Abs. 1 StGB. hinsichtlich der Voraussetzungen der Unterbringung nicht zwischen Unzurechnungsfähigkeit und verminderter Zurechnungsfähigkeit. Aus § 42b Abs. 2 ergibt sich aber, daß das Gesetz bei den vermindert Zurechnungsfähigen nicht nur die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung, sondern ihre Bestrafung voraussetzt, denn es sagt ausdrücklich: Bei vermindert Zurechnungsfähigen tritt die Unterbringung *neben* die Strafe. Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß bei vermindert Zurechnungsfähigen die Unterbringung nach § 42b nur ausgesprochen werden kann, wenn sie zu Strafe verurteilt werden. Dafür spricht auch, daß in dem durch das AusfG. z. GewohnhVerbrG. v. 24. Nov. 1933 neu eingefügten § 429a StPO. und — für die Unzurechnungsfähigen — nicht auch für die vermindert Zurechnungsfähigen ein selbständiges Sicherungsverfahren zugelassen worden ist.

(2. Sen. v. 27. Juni 1935; 2 D 453/35.)

*

17. § 42b StGB. *dient nicht dem Zwecke, geistig Gestörte, die für Dritte lästig geworden sind, unterzubringen. Vielmehr kommt nur die Unterbringung verbrecherischer und infolgedessen gefährlicher Geistesgestörter in Frage.*

Damit die öffentliche Sicherheit Maßnahmen der Besserung oder Sicherung, soweit sie von diesem Erfordernis abhängen, nötig macht, muß nach der Rspr. des RG. ein solches Maß von Gefahr von dem Verurteilten ausgehen, daß dadurch der Bestand der Rechtsordnung unmittelbar bedroht und eine wirksame Abhilfe für die Zukunft im Interesse seiner Aufrechterhaltung geboten und auf andere Weise, als durch die beantragte Sicherungsmaßnahme nicht zu erreichen ist. Der Richter muß sorgfältig prüfen, ob und warum zur Anwendung dieses letzten Mittels zu schreiten ist (RGSt. 68, 149 = JW. 1934, 1662). Es ist daher zum mindesten notwendig, daß sich aus der Handlung, die den Anlaß zum Antrage auf Unterbringung nach § 42b StGB. gegeben hat, i. Verb. m. dem Geisteszustand und dem Vorleben des Begehers, die naheliegende Gefahr der künftigen Begehung von Handlungen ergibt, die nicht nur im Fall seiner Zurechnungsfähigkeit strafbar wären, sondern die auch eine erhebliche Störung der Rechtsordnung herbeizuführen geeignet wären.

Die Gründe, die bisher das LG. dafür angeführt hat, daß die öffentliche Sicherheit durch den Angekl. gefährdet sei, geben zu Bedenken Anlaß. Nach dem Urt. hat der Angekl. innerhalb zehn Jahren zwölfmal in mündlichen Äußerungen, schriftlichen Eingaben und Zeitungsanzeigen Beamte und Behörden in beleidigender Weise angegriffen, i. J. 1923 auch einmal einen Beamten hinausgedrängt und dabei gestoßen. Das LG. führt aus, er habe nicht nur die Ehre der Beamten und Behörden verletzt und ihre Arbeitskraft „gefährdet", sondern es bestehe nach dem Gutachten der Sachverständigen auch die Gefahr, daß er vor Tätlichkeiten oder sonstigen Gewalttätigkeiten gegenüber den von ihm belästigten Personen, wenn sie sich gegen seine Angriffe wehren, nicht zurückschrecken werde, insbes. wenn das heute noch heilbare Wahnsystem des Angekl. „unkorrigierbar" werde. Kennzeichnend dafür sei, daß der Angekl. unter Mißachtung der Rechtsordnung die durch seine Entmündigung begründete Geschäftsunfähigkeit übergehe und unter Verschweigung der Entmündigung eigenmächtig Rechtsgeschäfte vornehme, die zu schweren Schädigungen seiner Geschäftsgegner führen können.

Diese allgemeinen Erwägungen, die zu der bisherigen Handlungsweise des Antragsgegners nicht in Beziehung gesetzt sind, reichen zur Begründung einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit nicht aus. Eingaben an Behörden können wohl zu einer Gefahr für die Öffentlichkeit werden, wenn sie sich gegen bestimmte Personen richten und, solange der Geisteszustand des Urhebers nicht bekannt ist, zu behördlichen Maßregeln Anlaß geben. Insbes. würde das von Strafanzeigen gelten, aber auch von anderen Darlegungen, die nach ihrem Inhalt geeignet sind, Eingriffe in fremde Rechtskreise zu veranlassen. Dagegen kann darin, daß Beamte oder Behörden überhaupt zu einer Tätigkeit veranlaßt werden, daß ihre Arbeitskraft in Anspruch genommen wird, eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit regelmäßig nicht gefunden werden. Ob die Angriffe des Angekl. derart gewesen sind, daß dadurch fremde Personen ernsthaft in ihrem Rechtskreis bedroht worden sind, ist nicht erörtert. Es ergibt sich auch nicht ohne weiteres aus den geschilderten Vorgängen.

Die Neigung des Antragsgegners, Tätlichkeiten zu begehen, ist im Urt. nicht an Hand von Tatsachen, in denen sich strafbare Handlungen zeigen, erörtert, sondern unter Verweisung auf das Sachverständigengutachten nur als künftig möglich bezeichnet. Gegenüber dem Umstand, daß nach den bisherigen Feststellungen der Antragsgegner nur in einem weit zurückliegenden Falle (i. J. 1923) wirklich tätlich geworden ist, kann die bloße Möglichkeit, daß er vor Tätlichkeiten nicht zurückschrecken werde, wenn die von ihm belästigten Personen sich gegen seine Angriffe wehren, ebensowenig ausreichen, wie die im Urt. angeführte drohende Äußerung in der Hauptverhandlung. Für die Gefahr etwaiger Tätlichkeiten kann jedenfalls nicht „kennzeichnend" sein, daß der Antragsgegner trotz Entmündigung Rechtsgeschäfte vorgenommen hat, über deren Art und Inhalt und über deren nachteilige Folgen für dritte Personen das Urt. ebenfalls nichts sagt. Gewiß kann auch durch die Vornahme von Rechtsgeschäften durch einen Geistesgestörten, wenn er nicht als solcher bekannt oder sein Zustand nicht für Dritte erkennbar ist, eine erhebliche Gefahr für die Rechtsordnung entstehen. Es kann insbes. unter Umständen darin, daß der Antragsgegner unter Mißachtung der durch seine Entmündigung geschaffenen Rechtslage und unter Täuschung seines Vertragsgegners über seine Geschäfts-

unfähigkeit im Rechtsverkehr tätig wird, objektiv der Tatbestand des Betruges gegeben sein. Als Voraussetzung für die Unterbringung auf Grund des § 42 b StGB. ist aber erforderlich, daß sowohl an sich strafbare Handlungen hervorgetreten sind als auch, daß die Gefahr für die Öffentlichkeit nicht anders als durch diese Unterbringung abgewendet werden kann.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß § 42 b StGB. i. Verb. m. Art. 5 Abs. 3 der Übergangsvorschriften nicht beabsichtigt, geistig Gestörte, die für ihre Umgebung oder für Dritte lästig geworden sind, unterzubringen, sondern daß sie die Unterbringung „verbrecherischer" und infolgedessen „gefährlicher" Geistesgestörter bezweckt.

Die Voraussetzungen des § 42 b sind daher nur erfüllt, wenn sich aus den an sich strafbaren Handlungen des Antragsgegners als Folge seines Geisteszustandes ergibt, daß die öffentliche Sicherheit nicht anders als durch die Unterbringung vor ernstlichen Störungen geschützt werden kann.

(2. Sen. v. 28. Jan. 1935; 2 D 10/35.)

*

18. § 42 b StGB.; § 429 a StPO. Bei der Anwendung des § 42 b StGB. auf einen Zurechnungsunfähigen (§ 429 a StPO.) ist grundsätzlich auch die innere Tatseite nachzuprüfen. †)

Die StrK. legt ihrer Beurteilung des Angekl. fünf Einzelvorgänge aus der Zeit von etwa Mitte Juni bis Mitte Juli 1934 zugrunde. Bei dem ersten handelt es sich nach ihrer Annahme um den Tatbestand des § 308, bei den drei folgenden um den des § 183 und beim letzten um den der §§ 176 Nr. 3, 43 StGB.

Hier erhebt sich zunächst die Frage, inwieweit der innere Tatbestand zu berücksichtigen ist, wenn über die Unterbringung eines Zurechnungsunfähigen gemäß dem § 42 b StGB. (§ 429 a StPO.) zu entscheiden ist. Die StrK. hat in allen fünf Fällen lediglich die äußeren Tatbestandsmerkmale erörtert; auf die innere Tatseite ist sie nicht eingegangen. Sie sagt zwar zum ersten Fall, der Angekl. habe die Waldung „vorsätzlich" angezündet. Damit kann aber auch hier die innere Tatseite in Wirklichkeit nicht gemeint sein. Das ergibt sich schon daraus, daß die Willensrichtung des Angekl., sein Vorsatz, überhaupt nicht geprüft worden ist, obwohl es gerade bei einer Handlung, wie sie im ersten Fall zu beurteilen war, von der Willensrichtung des Täters abhängt, ob das Verbrechen des § 308 StGB. vorliegt oder nur das Vergehen des § 309 i. Verb. m. § 308 oder gar nur die Übertretung des § 368 Nr. 6 StGB. Dazu kommt, daß die StrK. an dieser Stelle nur sagt: in objektiver Hinsicht seien (damit) die Voraussetzungen der Brandstiftung nach § 308 erfüllt, denn der Angekl. habe vorsätzlich eine Waldung angezündet. Dieser Anschluß des Vorsatzes an die objektiven Voraussetzungen unter Verwendung des Wörtchens „denn" ist bereits an sich denkgesetzlich nicht einwandfrei und vorliegend nach dem Inhalt der angezogenen Urausführungen vollends unmöglich.

Die Vorschrift in § 42 b StGB. lehnt sich eng an den § 56 Entw. 1927 an. Dort war als erste Voraussetzung für die Anordnung der Unterbringung durch den Strafrichter vorgesehen, daß der Täter „als nicht zurechnungsfähig" freigesprochen werde. Die amtliche Begründung des Entw. sagt dazu: „Als nicht zurechnungsfähig wird jemand nur dann freigesprochen, wenn die Zurechnungsunfähigkeit der einzige Grund ist, aus dem ihm die Tat nicht zugerechnet wird. Der Zurechnungsunfähige muß also nicht bloß erwiesenermaßen die Tat begangen haben, es darf ihm auch kein Umstand zustatten kommen, der die Rechtswidrigkeit der Tat ausschließt oder der unabhängig von der Geistesstörung ... den Vorsatz ausschließen würde". Die Vorschrift im § 42 b StGB. sieht zwar verfahrensrechtlich nicht mehr die förmliche Freisprechung als Voraussetzung der Anordnung vor, diese kann vielmehr gemäß § 429 a StPO. in Anwendung des § 42 b auch in einem nur auf die Anordnung der Unterbringung gerichteten besonderen Verfahren (Sicherungsverfahren) ausgesprochen werden. Sachlich stimmt dagegen der § 42 b mit dem § 56 Entw. 1927 im wesentlichen überein. Auch die amtliche Begründung (vgl. Erläuterungsbuch z. GewohnhVerbrG. von Schäfer-Wagner-Schafheutle S. 118 ff.) betont im wesentlichen die gleichen Erwägungen, wenn es in ihr heißt: „Die Anordnung ... durch den Strafrichter setzt bei einem Zurechnungsunfähigen voraus, daß dieser eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen hat, d. i. eine Handlung, die strafbar wäre, wenn nicht infolge der Zurechnungsunfähigkeit dem Täter die Schuld im strafrechtlichen Sinne fehlen würde." Bei der Anwendung des § 42 b StGB. auf einen Zurechnungsunfähigen (§ 429 a StPO.) ist daher grundsätzlich auch die sog. innere Tatseite nachzuprüfen. Das gilt insbesondere dann, wenn es von der Willensrichtung des Täters abhängt, ob eine bestimmte Handlung strafrechtlich lediglich eine Übertretung oder darüber hinaus ein Vergehen oder ein Verbrechen darstellt; denn eine Übertretung kann gemäß § 42 b Abs. 1 Satz 2 niemals die Anordnung der Unterbringung begründen. Die hier vertretene Auffassung kommt übrigens bereits im Urt. 4 D 1334/34 = JW. 1935, 532[37] zum Ausdruck, das einen dem ersten Fall ähnlichen Tatbestand betrifft: DRZ. 1935, Rechtspr. Nr. 40.

Es mag freilich Fälle geben, in denen die geistige Beschaffenheit des Täters es ausschließt oder zum mindesten äußerst erschwert, die innere Tatseite einer Prüfung zu unterziehen. Wie es in solchen Fällen im Hinblick auf § 42 b StGB. (§ 429 a StPO.) zu halten wäre, braucht hier nicht erörtert zu werden. Denn nach den Feststellungen über den Geisteszustand des Angekl. kann nicht die Rede davon sein, daß eine Nachprüfung des inneren Tatbestandes beim Angekl. ausgeschlossen wäre, und es besteht auch kein Grund zu der Annahme, daß die erneute Verhandlung insoweit ein ungünstigeres Ergebnis haben werde. Aus dem Umstand allein aber, daß es Fälle geben mag, in denen jene Nachprüfung unmöglich ist, kann jedenfalls grundsätzlich nichts gegen die Auffassung abgeleitet werden, daß die Nachprüfung in der Regel erforderlich ist, wenn und soweit sie möglich ist. Dabei ist insbesondere noch darauf hinzuweisen, daß ihr Ergebnis im einzelnen Fall von Bedeutung auch für die Frage der Gefährlichkeit des Täters sein kann, mithin auch für die Frage, ob die Unterbringung als letztes Mittel zur Sicherung der Öffentlichkeit erforderlich ist.

(1. Sen. v. 12. März 1935; 1 D 90/35.)

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen. Sie wiederholt in klarer Formulierung den schon in der Entsch. v. 23. Nov. 1934 (JW. 1935, 532) ausgesprochenen Grundsatz, daß im Falle des § 42 b StGB. die Ermittelung des äußeren Hergangs der Straftat nicht ausreicht, vielmehr auch „die Vorstellungen und Regungen des Täters, aus denen die Handlung hervorgegangen ist", der Erörterung bedürfen. Sorgfältige Erhebungen seien erforderlich, die sich „sowohl auf den äußeren Hergang der Handlung, als auch auf die zugrunde liegenden inneren Bewegungen zu erstrecken hätten".

Die Notwendigkeit einer Feststellung des inneren Tatbestandes ergibt sich schon aus der Fassung des § 42 b StGB., der Übertretungen von den Sicherungs- und Besserungsmaßnahmen ausschließt. Ob beispielsweise eine nach §§ 43, 308 StGB. strafbare Handlung oder lediglich eine Übertretung des § 368 Ziff. 6 StGB. vorliegt, läßt sich, wie das RG. in der erwähnten Entsch. v. 23. Nov. 1934 ausführt, nur bei eingehender Erörterung des inneren Tatbestandes feststellen. Wenn das Gesetz im § 42 b von „mit Strafe bedrohten" Handlungen spricht, so will es ferner damit ausdrücken, daß nicht nur der objektive Tatbestand einer Straftat verwirklicht sein, sondern auch ein staatlicher Strafanspruch — vom Mangel der Zurechnungsfähigkeit abgesehen — entstanden sein muß (Lobe, Nachtr. zu Bd. 1 zu § 42 b). Die Entstehung eines solchen Strafanspruchs ist aber — von Ausnahmen abgesehen — ohne Berücksichtigung und Wertung der inneren Momente im Seelenleben des Täters nicht denkbar. Gegen wen danach ein staatlicher Strafanspruch überhaupt nicht entstanden wäre, gegen den sollen auch nach dem Willen des Gesetzgebers die Sicherungs- und Besserungsmaßnahmenen des § 42 b StGB. nicht zur Anwendung kommen. Liegen bei dem Täter die Voraussetzungen der Notwehr, des Notstandes, des Irrtums gem. § 59 StGB. vor, hat er also nicht rechts- oder pflichtwidrig gehandelt, so ist für die Anwendung des § 42 b kein Raum. So können diese Maßnahmen beispielsweise gegen einen Täter nicht getroffen werden, der eine fremde bewegliche Sache einem andern in Zueignungsabsicht wegnimmt, welche er irrtümlich für seine eigene Sache hält, es sei denn, daß der Irrtum selber auf krankhafter Veranlagung beruht (s. Lobe a. a. O.).

StAR. Dr. Richter, Berlin.

*

19. § 134a StGB. Öffentlichkeit einer Äußerung, die in einer Gastwirtschaft getan wird, in der nur wenig Personen anwesend sind und in dem ein Fenster nach der Straße offensteht.

Das Merkmal der Öffentlichkeit ist nicht nachgewiesen. Die StrK. legt das entscheidende Gewicht darauf, daß der Angekl. die beschimpfenden Äußerungen in einer Wirtsstube, mindestens zum Teil auch zu einer Zeit von sich gegeben hat, als noch nicht Polizeistunde geboten war. Es wird ausgeführt, die Gasträume seien so jedermann zugänglich gewesen, die Äußerungen hätten deshalb von einer unbestimmten Menge von Personen und von beliebigen Personen wahrgenommen werden können. Diese Auffassung läuft darauf hinaus, daß jede an einem öffentlichen Ort vorgenommene Handlung öffentlich geschehen sei. Das ist rechtsirrig und steht im Widerspruch mit der Rspr. Der Umstand allein, daß Menschen aller Art die bloße Möglichkeit und die Befugnis haben, eine Wirtsstube zu betreten, macht das, was in ihr vorgeht, noch keinem einzigen von ihnen wahrnehmbar. Die Wahrnehmbarkeit muß Wirklichkeit sein; sie ist nur dann vorhanden, wenn Menschen sich so nahe befinden, daß sie das, was geschieht, mit ihren Sinnen wirklich wahrnehmen oder doch wahrnehmen könnten, wenn sie darauf achteten (RGSt. 38, 207; 42, 112; 57, 343; 65, 112; Entsch. 2 D 414/31 und 2 D 842/34).

Für den vorl. Fall kommt es daher vor allem darauf an, ob sich zur Zeit, als der Angekl. die Beschimpfungen ausgesprochen hat, eine Anzahl unter sich oder mit dem Angekl. nichtverbundener Menschen in der Wirtsstube befunden hat. Das ist bisher nicht festgestellt. Man erfährt nur von zwei Personen, dem Handelsmann H. und einer Frau namens B., die nur und unnötigerweise als „Zeugin" bezeichnet wird (vgl. DRZ. 1931, 153), von der man aber annehmen muß, daß sie irgendwie zu den Wirtsleuten gehörte. H. scheidet als Gesprächsgegner, die B. als zur Wirtschaft gehörig, aus.

Im Urteil wird dann noch zur Begr. der Öffentlichkeit angeführt, daß die lauten Äußerungen des Angekl. durch das offenstehende Fenster von der Straße aus gehört werden konnten. Hier besteht aber dasselbe Bedenken. Daß um jene Zeit die Straße vor der Wirtschaft noch begangen war, ist nicht festgestellt. Selbstverständlich ist es nicht, daß um Mitternacht in dem kleinen Städtchen dort noch Leute unterwegs waren. Zwar wird berichtet, daß ein gewisser S., der wiederum nur als „Zeuge" bezeichnet wird, um ½3 Uhr nachts einen großen Teil der Beschimpfungen von der Straße aus mitangehört habe. Dieser ist aber „hinzugerufen" worden, vielleicht als Polizeibeamter, um Zeuge des Benehmens des Angekl. zu sein und seine Persönlichkeit festzustellen. Wie dem auch sei, seine Anwesenheit auf der Straße und sein Zuhören allein reicht auch nicht aus, das Merkmal der Öffentlichkeit zu begründen.

(2. Sen. v. 24. Jan. 1935; 2 D 1397/34.)

*

20. §§ 153 ff. StGB. Ein Schuldner braucht in dem nach § 807 ZPO. aufzustellenden Vermögensverzeichnis keine wirtschaftlich wertlosen Gegenstände anzugeben (RGSt. 60, 37).

(1. Sen. v. 4. Juni 1935; 1 D 1163/34.)

*

21. §§ 153, 154, 156 StGB. Bei §§ 153, 154 StGB. kommt es für die Frage, ob ein Falscheid vorliegt, lediglich auf den Inhalt der Eidesnorm an. Deren Wortlaut ist aber ebenso wie bei solchen von eidesstattlichen Versicherungen der Auslegung fähig.

Es ist allerdings richtig, daß es für die Frage, ob der in einem bürgerlichen Rechtsstreit von einer Partei geleistete zugeschobene oder richterliche Eid ein Meineid gewesen ist, lediglich auf den Inhalt der Eidesnorm ankommt. Allein dieser Grundsatz will nur besagen, daß die Partei, die den richterlichen oder zugeschobenen Eid schwören soll, nicht verpflichtet ist, ihrerseits auf Bedenken gegen die Fassung der Eidesnorm hinzuweisen und dazu mitzuwirken, daß die letztere die nach der Verfahrenslage, insbes. nach dem Stande der Parteibehauptungen für die Entscheidung des Rechtsstreits wesentliche Tatsache umfaßt und sie zutreffend und erschöpfend wiedergibt. Der Grund hierfür liegt in der Parteistellung des Schwurpflichtigen, der sich darauf beschränken darf, seine eigenen Interessen wahrzunehmen, dem aber nicht zuzumuten ist, von sich aus seinen Gegner bei dessen gegen ihn selbst gerichteten Vorgehen zu unterstützen oder von sich aus dem Richter zu der Feststellung der für den Gegner günstigen Tatsachen zu verhelfen. Er darf sich vielmehr bei der Fassung, die der zugeschobene Eid durch den Gegner, der Erfüllungs- oder Reinigungseid durch den Richter erfährt, zufrieden geben und begeht durch die Leistung dieses Eides, soweit die in ihn aufgenommenen Tatsachen der Wahrheit entsprechen, auch dann keinen Meineid, wenn er erkennt, daß die Eidesnorm aus Irrtum oder Ungeschick des Gegners oder des Richters die Tatsache, auf die es diesen ankam, die sie daher in der Eidesnorm zum Ausdruck bringen wollten, überhaupt nicht oder nicht richtig oder doch nicht eindeutig wiedergibt. Wenn sich hiernach zwar die Wahrheit oder Unwahrheit des geleisteten Eides nur nach dem Wortlaut der Eidesnorm bestimmt, so schließt das doch keineswegs aus, daß dieser Wortlaut der Auslegung fähig und unter Umständen auch bedürftig ist. In dieser Beziehung unterliegt vielmehr die Eidesnorm der allgemeinen Regel, die es verbietet, bei der Beurteilung von Erklärungen gleichviel welcher Art an dem Buchstaben zu haften, anstatt ihren wahren Sinn zu erforschen, zum wenigsten soweit der letztere sowohl objektiv aus ihnen herausgelesen werden kann als auch für die Beteiligten selbst unzweifelhaft darin ausgesprochen lag (RGSt. 59, 344; 63, 50). Dieser Grundsatz gilt nach seiner allgemeinen Natur genau so für den Inhalt einer abgegebenen Versicherung an Eidesstatt, die sich übrigens insofern von einem zugeschobenen oder richterlichen Eide wesentlich unterscheidet, als ihre Fassung anders wie die des zugeschobenen oder richterlichen Eides gerade von dem Willen desjenigen abhängig ist, der den Eid leistet.

(2. Sen. v. 11. März 1935; 2 D 910/34.)

*

22. Die durch § 161 StGB. zwingend vorgeschriebene Aberkennung der Eidesfähigkeit stellt sich lediglich als eine polizeiliche Vorbeugungs- oder Sicherungsmaßregel dar.†)

Maßgebend für die Aufnahme der erwähnten Bestimmung in den § 161 StGB. war die Erwägung des Gesetzgebers, daß Zeugen oder Sachverständige, die *ihre Eidespflicht wissentlich verletzt* haben, im Hinblick auf die dadurch gezeigte Unzuverlässigkeit und Vertrauensunwürdigkeit zur Sicherung öffentlicher Belange, nämlich zur Vermeidung einer künftigen Schädigung der Rechtspflege durch *solche* Personen, zur Leistung eines Zeugen- oder Sachverständigeneides niemals mehr fähig sein sollen.

Der jetzt erk. Sen. schließt sich dieser Rechtsauffassung an und ihre Anwendung auf den vorliegenden Fall ergibt, daß die Aberkennung der Eidesfähigkeit für das Verbrechen des § 159 StGB. deshalb ausscheidet, weil hier der Täter nicht seine Eidespflicht verletzt hat, mithin auch gegen ihn die polizeiliche Sicherungsmaßregel der Aberkennung der Eidesfähigkeit vom Gesetzgeber nicht als erforderlich angesehen wird.

(5. Sen. v. 20. Juni 1935; 5 D 362/35.)

Anmerkung: I. Das RG. hat die Anwendbarkeit des § 161 StGB. auf die „Verleitung zum Meineid" (§ 159 StGB.) mit der Begr. abgelehnt, die Aberkennung der Eidesfähigkeit sei „lediglich eine polizeiliche Vorbeugungs- und Sicherungsmaßregel".

Das Ergebnis der Entsch. folgt aus dem Gesetz selbst so eindeutig, daß eine Untersuchung des Wesens der Aberkennung der Eidesfähigkeit m. E. nicht erforderlich war.

Die auch den § 159 StGB. betreffende Vorschr. des § 161 Abs. 2 StGB. wäre ebenso überflüssig wie sinnwidrig, wenn § 161 Abs. 1 StGB. bereits auf § 159 StGB. Anwendung finden könnte, da in den Fällen des § 161 Abs. 1 StGB. eine Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte *kraft zwingenden Rechts* erfolgen *muß*. Daher kann es für die Entsch. des vorl.

Falles dahingestellt bleiben, ob die Aberkennung der Eidesfähigkeit eine Nebenstrafe oder eine „polizeiliche Vorbeugungs- oder Sicherungsmaßregel“ darstellt.

II. Wenn man aber eine Entsch. der Frage aus dem Wesen der „Aberkennung der Eidesfähigkeit“ treffen zu müssen glaubt, so müßte m. E. gerade die vom RG. vertretene Ansicht dazu führen, daß die Anwendbarkeit des § 161 Abs. 1 StGB. auf § 159 StGB. bejaht wird. Wenn die Aberkennung der Eidesfähigkeit weiter nichts als „lediglich eine polizeiliche Vorbeugungs- und Sicherungsmaßregel“ darstellen sollte, so ist „zur Vermeidung einer künftigen Schädigung der Rechtspflege“ derjenige, der einen anderen zum Meineid i. S. von § 159 StGB. verleitet, nicht besser und wertvoller als derjenige, der einen anderen zum Meineid anstiftet (s. u. IV 2).

Ob auf die Tat nachher § 159 StGB. oder §§ 153, 48 StGB. zutrifft, hängt nicht von dem Täter ab

Die Gefahren für die Rechtspflege sind nicht geringer als bei dem Anstifter zum Meineid.

III. Endlich kann m. E. auch die Ansicht des RG., daß die durch § 161 StGB. **zwingend** vorgeschriebene Aberkennung der Eidesfähigkeit sich „lediglich als eine polizeiliche Vorbeugungs- oder Sittlichkeitsmaßregel“ darstelle, keine Zustimmung finden.

Das RG. ist zunächst in zahlreichen früheren Entsch. in ständiger Rspr. davon ausgegangen, daß die Aberkennung der Eidesfähigkeit eine „Nebenstrafe“ sei, ohne jedoch diese Ansicht näher zu begründen. Vgl. RG. (FerSen.) v. 10. Aug. 1881: RGSt. 4, 377 ff. (379); RG. (I) v. 22. Juni 1882: RGSt. 6, 416 ff. (420); RG. (III) v. 12. Nov. 1885: RGSt. 13, 76 ff. (79); RG. (I) vom 6. Febr. 1888: RGRspr. 10, 100 ff. (101).

Erstmals im 60. Bande der Entscheidungssammlungen hat das RG. Veranlassung genommen, auf das Wesen der Aberkennung der Eidesfähigkeit näher einzugehen. Auf diese Entsch. des RG. (I) v. 18. Juni 1926: RGSt. 60, 285 ff. nimmt die obige Entsch. des RG. (V) v. 20. Juni 1935 Bezug.

Dort wird zur Begr. der reichsgerichtlichen Ansicht folgendes vorgetragen:

1. Für die Aberkennung der Eidesfähigkeit als polizeiliche Maßnahmen spreche, daß sie zeitlich nicht begrenzt werden dürfe. Es ist nicht einzusehen, weshalb für eine „Nebenstrafe“ nicht dasselbe gelten könne.

2. Die eidliche Erstattung einer Zeugenaussage beruhe nicht auf einem staatsbürgerlichen Recht, sondern auf der staatsbürgerlichen Pflicht des Schwurpflichtigen. Auch dieser Gesichtspunkt vermag nicht zu überzeugen, zumal er in der liberalistischen Weltanschauung wurzelt.

Der Satz, daß die dauernde Befreiung von der Pflicht, als Zeuge oder Sachverständiger vor Gericht aufzutreten, mit dem Wesen der „Strafe“ nicht vereinbar sei, ist unrichtig. Nach unserer Auffassung sind die Pflichten keine Lasten, vor denen sich zu drücken man bestrebt sein soll. Pflichterfüllung und Ehrgedanke gehören zusammen. Wer für nicht wert erachtet wird, einen Pflichtenkreis zu übernehmen, ist insoweit nicht im Besitz der Ehre! Unsere Zeit knüpft hier unter Überwindung liberalistisch-materialistischer Auffassungen wieder an das alte deutsche Gedankengut an. Die Ehrenminderung aber hat Strafcharakter.

3. Der Gesetzgeber habe erwogen, daß diejenigen, die „wegen Unzuverlässigkeit und Vertrauensunwürdigkeit“ zur Sicherung öffentlicher Belange nicht geeignet seien, „zur Vermeidung einer künftigen Schädigung der Rechtspflege“ nicht mehr fähig sein sollen, einen Eid zu leisten.

Darin liegt nicht nur eine polizeiliche Vorbeugungs- oder Sicherungsmaßnahme. Vielmehr ist damit mit aller Deutlichkeit auch ein sittliches Unwerturteil gefällt (Vertrauens**unwürdigkeit**). Daraus muß man m. E. die Folgerung ziehen: Die Aberkennung der Eidesfähigkeit des § 161 Abs. 1 StGB. erhält durch das darin liegende sittliche Unwerturteil den Charakter einer Nebenstrafe. Dem steht nicht entgegen, daß hier auch Sicherungs- und Vorbeugungsgedanken eine erhebliche Rolle spielen. Letzten Endes soll doch überhaupt jede Strafe die Volksgemeinschaft „sichern“ und weiteren Handlungen „vorbeugen“.

Die Ansicht des RG., daß die Aberkennung der Eidesfähigkeit keine Nebenstrafe ist, kann daher nicht gebilligt werden.

IV. Die Anwendbarkeit des § 161 Abs. 1 StGB. ist in folgenden Fällen zweifelhaft und umstritten:

1. Versuch des Meineids: Hier lehnt das RG. (vgl. RG. [III] v. 12. Nov. 1885: RGSt. 13, 80) ab und führt zur Begründung dieser Meinung aus: es folge aus der Entwicklungsgeschichte, daß nicht beabsichtigt gewesen sei, an den allgemeinen Best. (Versuch, Beihilfe) Änderungen eintreten zu lassen (vgl. den Entwurf I §§ 134—137). Meines Erachtens ist nicht verständlich, inwiefern §§ 43 f. StGB. der Anwendbarkeit des § 161 StGB. insbes. der Aberkennung der Eidesfähigkeit entgegenstehen sollte.

Die — bei der normativistischen Auffassung des StGB. von 1871 so sehr beliebte — Wortauslegung des RG. (§ 161 StGB. gelte „offensichtlich“ nur für das vollendete Delikt) geht m. E. fehl. Den „Verbalinterpreten“ sei gesagt, daß der Gesetzgeber von 1871 bei der damals üblichen Minderbewertung der versuchten gegenüber der vollendeten Handlung sicher vom „vollendeten“ Meineid in § 161 StGB. gesprochen hätte, wenn die Best. für den Versuch (Tatstufe!) nicht gelten sollte. Die Fassung „Verurteilung wegen Meineids“ in § 161 StGB. soll nicht die Tatstufe andeuten, sondern ist **nur in Gegensatz** zu den Fällen der §§ 157, 158 gestellt, so daß aus diesem Grunde keine Schlüsse i. S. der reichsgerichtlichen Rspr. gezogen werden können.

Im nationalsozialistischen Willensstrafrecht ist für eine unterschiedliche Behandlung von Versuch und Vollendung einer strafbaren Handlung vollends kein Raum mehr.

Für die Entsch. der hier erörterten Frage kann es im übrigen dahingestellt bleiben, ob die Aberkennung der Eidesfähigkeit eine „Nebenstrafe“ oder eine „polizeiliche Vorbeugungs- oder Sicherungsmaßregel“ ist.

2. Anstiftung und Beihilfe zum Meineid: Hier gilt im wesentlichen dasselbe. Bezüglich der Anstiftung vgl. die zutreffende Entsch. des RG. (RG. [FerSen.] v. 10. Aug. 1881 in RGSt. 4, 379).

3. Verleitung zum Meineid: S. o. zu I—II.

4. Tateinheit von Meineid mit anderen strafbaren Handlungen (z. B. § 239 KO.):

Da bei Tateinheit das sog. „Absorptionsprinzip“ herrscht, ist z. B. bei Tateinheit von Meineid mit Konkursverbrechen eine Anwendung des § 161 StGB. nicht möglich, quod poena maior absorbet minorem.

Dasselbe gilt m. E. auch dann, wenn man in der Aberkennung der Eidesfähigkeit nur eine „polizeiliche Vorbeugungs- oder Sicherungsmaßregel“ erblickt, da das härtere Gesetz das mildere mit allen seinen Folgen **ausschließt**.

V. Aus diesen Darlegungen zu IV. dürfte m. E. hervorgehen, daß die Streitfrage, ob die Aberkennung der Eidesfähigkeit eine „Nebenstrafe“ ist oder nur eine „polizeiliche Sicherungs- oder Vorbeugungsmaßregel darstellt, **praktisch** überhaupt **ohne Bedeutung** ist.

StA. Adami, Berlin.

*

23. § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB. **Das Obhutsverhältnis besteht zwischen jedem beamteten Lehrer und jedem Schüler, der in die Schule aufgenommen worden ist, an der der beamtete Lehrer tätig ist. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob dieser Lehrer demjenigen Schüler, gegen den sich die unzüchtige Handlung richtet, Unterricht zu erteilen hat oder erteilt. Es ist auch unerheblich, ob die Tat, insbesondere nach Ort und Stunde, mit der Ausübung der Obhut in unmittelbarer Beziehung steht oder nicht** (RGUrt. 1 D 676/29 v. 22. Juli 1929: JW. 1930, 1215; RGSt. 42, 251; 19, 255).

(1. Sen. v. 4. Juni 1935; 1 D 421/35.)

*

24. **Öffentlichkeit i. S. des § 183 StGB. Es genügt nicht die abstrakte Möglichkeit der Wahrnehmbarkeit durch einen unbestimmten Personenkreis, also die Möglichkeit, daß der Tatort jederzeit einer unbegrenzten Mehrheit von Personen zugänglich ist. Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, ob in Wirklichkeit Personen, die von der Tat nicht mit umfaßt werden, zugegen sind und sie bemerken oder doch bemerken können** (RGSt. 65, 112; RGUrt. v. 11. Dez. 1934, 4 D 1416/34: JW. 1935, 526).

(5. Sen. v. 17. Juni 1935; 5 D 427/35.)

*

25. § 186 StGB.; § 91 Abs. 1 MilStGB. **Die Behauptung eines Reichswehrangehörigen, er werde nach seiner Entlassung gegen seinen Chef „auspacken“, stellt sebst dann keine Tatsachenbehauptung dar, wenn der Tatrichter der Äußerung die Auslegung gegeben hat, daß frühere Unregelmäßigkeiten im Dienste ausgepackt werden sollten.**

Der Angekl. hat erklärt, er werde nach seiner Entlassung etwas unternehmen, und dann mit Bezug auf seinen Eskadron-

chef, den Rittmeister C., und den Stabszahlmeister geäußert: „Wenn ich erst ausscheide, werde ich auspacken; mir tun die Herren leid, aber ich kann nicht anders.“ Das OKrG. hat hierin die Behauptung erblickt, die „Vorgesetzten“ (soll heißen: „der Vorgesetzte, Rittmeister C., und der im Dienstrang höhere Stabszahlmeister“) hätten in der Vergangenheit Unregelmäßigkeiten im Dienst begangen, und den Angekl. in Übereinstimmung mit dem KrG. auf Grund des § 91 Abs. 1 MilStGB. i. Verb. m. § 186 StGB. verurteilt, da die Behauptung nicht erweislich wahr sei.

Mit Recht macht die Rev. hiergegen geltend, daß der Angekl. keine Tatsache behauptet hat, wie sie in den § 91 MilStGB., § 186 StGB. verlangt wird. Denn die Erklärung des Angekl., er werde nach seiner Entlassung gegen seinen Eskadronchef und den Stabszahlmeister „auspacken“, ist, auch wenn man ihr die Deutung gibt, der Angekl. wolle „Unregelmäßigkeiten im Dienst“ auspacken, die der Eskadronchef und der Stabszahlmeister in der Vergangenheit begangen hätten, viel zu allgemein gehalten, um als Behauptung einer Tatsache i. S. der angeführten gesetzlichen Vorschriften gelten zu können. Dazu fehlt es an der Feststellung, ob und auf welchen konkreten, den Beweis der Wahrheit zulassenden Vorgang sie sich bezieht. In dem Urt. ist zwar davon die Rede, der Angekl. sei als Rechnungsführer der Eskadron disziplinarisch bestraft und abgelöst worden, weil er gegen die in Rechnungsangelegenheiten gegebenen Dienstbefehle verstoßen habe, zwischen ihm und dem Eskadronchef hätte eine Differenz hinsichtlich der Verwaltung eines Fonds bestanden, die Verbuchung eines Betrages von 150 *RM* habe nicht aufgeklärt werden können; nach Angabe des Angekl. in der BerInst. soll dieser Betrag, ohne daß es der Eskadronchef erfahren hatte, dem Obermusikmeister S. gegeben worden sein. In keinem dieser Fälle aber ist ersichtlich, ob sich die dienstlichen Unregelmäßigkeiten, die der Angekl. seinem Eskadronchef und dem Stabszahlmeister soll vorgeworfen haben, auf sie beziehen und worin sie bestehen; z. B., ob er nur hat behaupten wollen, er sei ungerecht behandelt worden, man habe ihm zu Unrecht Unterschlagung oder falsche Buchführung vorgeworfen, seine Bestrafung und Ablösung als Rechnungsführer seien ungerecht, oder aber der Fonds sei ohne Befugnis eingerichtet oder bei seiner Führung seien Unregelmäßigkeiten vorgekommen, oder endlich, der Eskadronchef und der Stabszahlmeister hätten sich auf irgendeinem anderen dienstlichen Gebiet vergangen; auch die Annahme eines solchen Vorwurfs ist nach den ganz allgemeinen Ausführungen des OKrG. nicht ausgeschlossen. Nur, wenn sich feststellen ließe, was eigentlich der Angekl. mit seiner Äußerung hat sagen wollen, auf welche konkreten Handlungen des Eskadronchefs und des Stabszahlmeisters sie abzielte, wäre zu beurteilen, ob die Behauptung als üble Nachrede i. S. des § 91 MilStGB., § 186 StGB. anzusehen ist, und zwar mußte der Angekl., wenn das Vorliegen dieser Gesetzesvorschriften bejaht werden sollte, in äußerlich erkennbarer Weise zum Ausdruck gebracht haben, welche konkrete Tatsache er im Auge hatte (vgl. RMilG. 17, 65; RGSt. 31, 281; 35, 227; 55, 129).

Da eine solche Feststellung nicht getroffen und nach dem Sachverhalt nicht zu treffen ist, ist eine Verurteilung nicht möglich. Eine solche nach § 185 StGB. scheidet aus, weil kein Strafantrag gestellt worden ist (§ 194 StGB.).

(4. Sen. v. 11. Jan. 1935; 4 D 1518/34.)

*

26. § 258 StGB. setzt voraus, daß sich jemand „seines Vorteils wegen“ einer Begünstigung schuldig macht, d. h. daß dieser Vorteil der Beweggrund oder einer der Beweggründe für die begünstigende Beihilfehandlung gewesen sein muß. Der Vorteil kann auch in dem Genuß von Lebensmitteln, z. B. in dem Mitgenuß gestohlenen Weines bestehen.

(5. Sen. v. 27. Juni 1935; 5 D 369/35.)

*

****27.** § 267 StGB. In dem Vorlegen von Photokopien fälschlich angefertigter Urkunden liegt ein Gebrauchmachen der Urkunde selbst, da die Urschrift der Urkunde auf diese Weise dem zu Täuschenden sinnlich wahrnehmbar gemacht wird. †)

Der Angekl. fertigte drei Urkunden fälschlich an, ließ von ihnen Lichtbilder herstellen und reichte diese dem Gericht ein.

Durch die fälschliche Anfertigung der Urschriften der drei Empfangsbescheinigungen, die als beweiserhebliche Privaturkunden i. S. des § 267 StGB. anzusehen sind, hat der BeschwF. den ersten Teil dieses Tatbestands — in der Form des § 269 StGB. — verwirklicht; es fragt sich, ob er von diesen Urkunden auch „Gebrauch gemacht“ hat.

Hätten die Lichtbilder nur die Bedeutung von „Abschriften“, so könnte in ihrer Vorlegung kein „Gebrauchmachen“ nach § 267 StGB. gefunden werden. Denn das Vorlegen der Abschrift einer beweiserheblichen Privaturkunde ist regelmäßig nicht als ein Gebrauchmachen von der — falschen — Urkunde selbst anzusehen; dies trifft vielmehr nur unter besonderen Umständen zu. Die Abschrift kann z. B. kraft gesetzlicher Vorschrift an die Stelle der Urschrift treten. Die Bedeutung einer solchen kann die Abschrift auch dann haben, wenn sie als die von dem angeblichen Aussteller herrührende Urschrift ausgegeben oder unter Umständen verwendet wird, die den Anschein erwecken können und sollen, als sei sie von dem Aussteller oder doch wenigstens mit seiner Zustimmung dazu hergestellt, im Rechtsleben als Ersatz der Urschrift zu dienen (vgl. hierzu RGSt. 59, 13 [16] und die dort angeführten Urt., auch RGEntsch. 2 D 265/24 vom 15. Mai 1924 = JW. 1924, 1878[6]; 2 D 1256/29 vom 1. Dez. 1930 = JW. 1931, 2248[18] u. a. m.). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Der BeschwF. hat bei der Vorlegung der Lichtbilder nicht den Anschein zu erwecken versucht, als sollten sie nach dem Willen der angeblichen Aussteller an die Stelle der Urschriften treten; aus seinen Erklärungen und den gesamten Umständen ging vielmehr eindeutig hervor, daß die angeblichen Aussteller mit der Anfertigung der Lichtbilder und ihrer Verwendung als „Urschriften“ nicht einverstanden waren.

Hiernach kann der Ansicht der StrK., in dem Vorlegen der Lichtbilder als solcher liege ein Gebrauchmachen von fälschlich angefertigten Urkunden, nicht beigetreten werden.

Nach der Rspr. des RG. gehört zum „Gebrauchmachen“, daß die falsche Urkunde selbst dem zu Täuschenden zugänglich gemacht, d. h. daß ihm ihre sinnliche Wahrnehmung ermöglicht wird. In welcher Weise ein Gegenstand sinnlich wahrnehmbar gemacht werden kann, hängt von den Hilfsmitteln ab, die nach dem jeweiligen Stande der Wissenschaft und Technik zur Verfügung stehen. Dabei ist gleichgültig, durch welches Sinnesorgan dem zu Täuschenden die Wahrnehmung der falschen Urkunde vermittelt wird. Daß sie ihm „zu Gesicht“ kommt, ist nicht erforderlich; dies ist auch der Entsch. RGSt. 8, 92 nicht zu entnehmen. Der „Besichtigung“ steht es vielmehr gleich, wenn durch das Gehör oder den Tatsinn von dem Inhalt der Urkunde Kenntnis genommen wird (RGSt. 14, 242). Wie das RG. schon in RGSt. 15, 110 entschieden hat, kann das Gebrauchmachen unter Umständen auch darin bestehen, daß der Täter dem zu Täuschenden in dessen Gegenwart die Urkundenurschrift vorliest, ohne daß der Täter sie aus der Hand zu geben und der andere Teil von ihr Einsicht zu nehmen braucht (vgl. auch RGSt. 16, 228). Denkbar wäre es auch, daß die Urkunde aus besonderen Gründen dem zu Täuschenden unter Verwendung besonderer Einrichtungen als — vergrößertes — Spiegelbild zu Gesicht gebracht würde. Die Urkunde könnte auch — beim Fehlen behördlicher Aufsicht und Überwachung — einem zu täuschenden größeren Personenkreis auf dem Wege des Tonfilms gleichzeitig zu Gehör und zu Gesicht gebracht werden (Sammlung von Beiträgen zu einem Schwindelunternehmen). Es kann auch auf die sich in einem vervollkommneten Fernsehverfahren bietenden Möglichkeiten hingewiesen werden. In allen diesen Fällen würde die falsche Urkunde selbst —

wie es nach der reichsgerichtlichen Rspr. erforderlich ist (RGSt. 29, 357; 46, 224) — der sinnlichen Wahrnehmung des zu Täuschenden zugänglich gemacht.

Nicht wesentlich anders liegt die Sache, wenn — wie hier — der Täter dem andern Teil die Urschrift der falschen Urkunde mittels eines Lichtbildes vor Augen führt, das dem jetzigen hohen Stande der Technik entsprechend nicht nur den wörtlichen Inhalt, sondern auch das gesamte Bild der Urkunde mit allen ihren Einzelheiten und Besonderheiten ersichtlich macht. Solchenfalls hat das Lichtbild nicht die Bedeutung einer Abschrift oder eines Doppelstücks der Urschrift; seine Anfertigung und Übermittlung ist vielmehr nur der Weg, auf dem der Täter die Urschrift selbst für den zu Täuschenden sinnlich wahrnehmbar macht.

Der Angekl. hat demnach von den zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen erheblichen Privaturkunden „zum Zwecke einer Täuschung" Gebrauch gemacht.

(3. Sen. v. 17. Juni 1935; 3 D 420/35.)

Anmerkung: Die Entsch. des RG. verdient Zustimmung. Sie nimmt zu zwei grundlegenden Fragen Stellung. 1. Die Abschrift einer Urkunde ist grundsätzlich nicht selbst Urkunde. 2. Wer die Urschrift einer falschen Urkunde mittels Lichtbildes vor Augen führt, macht von der Urschrift selbst Gebrauch.

Nach ständiger Rspr. des RG. wie nach überwiegender Rechtslehre ist in der Abschrift einer Urkunde grundsätzlich keine Urkunde zu sehen. Dies folgt daraus, daß die Abschrift nur die Reproduktion einer Erklärung darstellt. Die von Zeiler: ZStW. 34, 860 für die Klatschkopie und die Durchschrift vertretene entgegengesetzte Auffassung hat sich nicht durchzusetzen vermocht. Eine Ausnahme von dem Grundsatz ist nur für solche Fälle anzuerkennen, wo die Abschrift als Original oder zweites Original gelten soll. Diesen Charakter kann die Abschrift entweder nach gesetzlicher Vorschrift oder nach dem Willen des Ausstellers erhalten. So bemerkt Frank, Das StGB. für das Deutsche Reich, § 267 III 2 b richtig: „Geht der Wille des Ausstellers dahin, daß Reproduktionen seiner Erklärung im Rechtsverkehr als Original gelten sollen, so verschwindet der Gegensatz zwischen Original und Abschrift". Im vorl. Falle sollten nach den getroffenen Feststellungen die angeblichen Aussteller mit der Anfertigung der Lichtbilder und ihrer Verwendung als Urschriften nicht einverstanden gewesen sein. Somit liegt der erwähnte Ausnahmefall nicht vor.

Ob ein Gebrauchmachen von einer Urkunde durch Vorlegung eines Lichtbildes des Originals erfolgen kann, hat in letzter Zeit bereits das OLG. Dresden beschäftigt (vgl. OLG. Dresden vom 16. Mai 1934, 2 OSt 30/34: DJ. 1934, 1352). Zunächst hat das Gericht hier festgestellt, daß die Vergrößerung vom Angekl. ausgesprochenermaßen als Reproduktion einer angeblichen Quittungserklärung vorgelegt worden ist. Sodann heißt es in dem Erkenntnis weiter: „Die Annahme einer Urkundenfälschung kann auch nicht damit begründet werden, daß man etwa in der Vorlegung der Vergrößerung ein Gebrauchmachen von der zugrunde liegenden angeblichen Quittungserklärung sehen will. Nach der herrschenden Meinung muß von der Urkunde selbst Gebrauch gemacht, sie dem zu Täuschenden zugänglich gemacht werden. Eine Täuschung, losgelöst vom Gebrauchmachen der unechten Urkunde, ist für den Tatbestand der Urkundenfälschung nach § 267 StGB. ohne rechtliche Bedeutung." Diese Ausführungen müssen als rechtsirrig bezeichnet werden.

Für Fälle der vorl. Art sind zwei Ansichten denkbar:

1. Das Lichtbild selbst ist nach dem Willen des Täters die einzige Urkunde. Fertigt er erst das falsche Original an, so ist dies nur eine Vorbereitungshandlung, ein technisches Mittel bei der Herstellung des Lichtbildes.

2. Mit der Photokopie macht man unter Berücksichtigung der Lebensauffassung Gebrauch von der zugrunde liegenden Erklärung.

Die letzte, jetzt auch vom RG. vertretene Ansicht entspricht allein gesundem Rechtsempfinden. Zutreffend ist, daß die falsche Urkunde selbst vom Täter einem anderen vorsätzlich zur Kenntnis gebracht werden muß. Dafür reicht aber jede Veranstaltung aus, durch die dem zu Täuschenden die Urkunde tatsächlich zur sinnlichen Wahrnehmung gebracht werden soll. Das RG. hat in dieser Hinsicht eine Reihe anschaulicher Beispiele angeführt, die überzeugend wirken. Nach meinem Dafürhalten muß unter Würdigung des hohen Standes der Phototechnik das Lichtbild als das Schulbeispiel hingestellt werden, durch das man die Urkunde selbst zur Kenntnis bringt. Die Photokopie gibt das abgenommene Bild in allen Einzelheiten untrügerisch wieder. Die entgegengesetzte Auffassung erscheint als Nachwehen der entthronten Begriffsjurisprudenz, die immer noch nicht das Leben, sondern einen Begriffskult in den Mittelpunkt ihrer Betrachtung stellt. Die vom RG. vertretene Meinung erscheint auch nicht etwa als Ergebnis der Ausfüllung einer Gesetzeslücke; es handelt sich allein um eine dem gesunden Volksempfinden entsprechende Gesetzesauslegung.

Ähnliche Erwägungen liegen unserer Rspr. bei der Frage der Depeschenfälschung zugrunde. Man hat sich über die Bedenken, die gegen die Annahme einer Urkundenfälschung bei erster Betrachtung sprechen konnten, hinweggesetzt mit dem Hinweis, daß das Ankunftstelegramm im Rechtsverkehr dem Aufgabetelegramm gleichgeachtet werde.

RA. Dr. Wilhelm Weimar, Köln.

*

28. §§ 303, 308 StGB. Tateinheit hinsichtlich der Brandstiftung und Sachbeschädigung — nicht Gesetzeskonkurrenz — liegt vor, wenn jemand eine fremde Baubude anzündet und dadurch zugleich das darin befindliche Arbeitsgerät zerstört.

Die Verurteilung der Angekl. wegen gemeinschaftlichen Verbrechens gegen § 308 StGB. ist nicht zu beanstanden. Auch die Einwendungen der Rev. gegen die Annahme tateinheitlicher Sachbeschädigung sind nicht begründet.

Nach der Sachdarstellung sind mit der Hütte auch in ihr aufbewahrte Arbeitsgeräte verbrannt. Nur hierin hat das LG. das Vergehen gegen § 303 StGB. gefunden.

Es bleibt nur noch zu erörtern, ob nach Lage des Falles Tateinheit dieses Vergehens mit dem Verbrechen nach § 308 StGB. angenommen werden konnte. Das ist aber zu bejahen.

An sich sind die Erfordernisse rechtlichen Zusammentreffens erfüllt, da die beiden Strafgesetze durch diese ein und dieselbe Handlung, gleich wie die Brandlegung hier im einzelnen vorgenommen worden sein mag, verletzt worden sind. Es kann sich nur fragen, ob etwa Gesetzeskonkurrenz der Annahme der Tateinheit entgegenstehe. Denn es ist richtig und wird auch überwiegend im Schrifttum angenommen, daß zwischen der sog. unmittelbaren Brandstiftung nach § 308 StGB. — wie hier — und Sachbeschädigung nach § 303 StGB., soweit es sich um den in der ersteren Gesetzesstelle unter Strafe gestellten Gegenstand der Inbrandsetzung handelt, Gesetzeskonkurrenz besteht. Dort umfaßt der Rechtsgüterschutz, der mit dem Verbot der Brandstiftung angestrebt wird, den mit dem Verbot der Sachbeschädigung erstrebten Schutz mit. Dieser Gesichtspunkt greift aber nicht durch, wenn das unter Strafe gestellte Objekt der Brandstiftung, wie hier die Hütte, andere Gegenstände, vorliegend das Arbeitsgerät, umschließt. Es läßt sich in solchen Fällen Gesetzeskonkurrenz aber auch nicht mit der Erwägung begründen, daß nach der rechtlichen Gestaltung der sog. unmittelbaren Brandstiftung im § 308 StGB. die Sachbeschädigung der in den Räumlichkeiten befindlichen Gegenstände mit der Brandstiftung zu einer Einheit verschmelze und in ihr aufgehe, wie es z. B. für das Verhältnis des einfachen Hausfriedensbruches zum schweren Diebstahl mittels Einsteigens vom RG. angenommen worden ist (RGSt. 40, 430). Denn die Sachbeschädigung der in einem Gebäude, einer Hütte untergebrachten Gegenstände gehört weder zu den gesetzlichen Merkmalen der Brandstiftung an dem Gebäude oder der Hütte, noch bildet sie das dem regelmäßigen Hergange entsprechende Mittel für die Vornahme dieses Verbrechens. Wie die Entsch.: GoltdArch. 48, 352 mit Recht betont, wird die Inbrandsetzung eines Gebäudes zwar häufig unter Benutzung der in ihm befindlichen Sachen erfolgen, aber notwendig und unerläßlich ist dies keineswegs, so daß diese Art der Brandlegung nicht als dem regelmäßigen Verlauf der Dinge entsprechend bezeichnet werden kann. Zu dem Begriff der Hütte gehören auch nicht die in ihr bewahrten Gegenstände, wie es bei dem Magazin von dem RG. für die in ihm gelagerten Vorräte angenommen worden ist (RGSt. 13, 407). Da auch sonst kein Grund aufzufinden ist, der die Annahme von Gesetzeskonkurrenz für diese Fälle zu rechtfertigen vermöchte, so ist nichts dagegen einzuwenden, daß die StrK. von dem Verhältnis der Tateinheit zwischen dem die Hütte betreffenden Verbrechen nach § 308 StGB. und dem sich auf das Arbeitsgerät beziehenden Vergehen der Sachbeschädigung ausgegangen ist.

(5. Sen. v. 10. Jan. 1935; 5 D 478/34.)

**29. § 330a StGB. setzt eine Schuld nur hinsichtlich der Versetzung in den Rauschzustand voraus. Daher bedarf es nicht des Nachweises, daß der Täter damit gerechnet hat oder bei Anwendung der pflichtmäßigen Sorgfalt damit hätte rechnen müssen, daß er in seinem Rauschzustande eine mit Strafe bedrohte Handlung begehen werde.†)

Nach dem Ergebnis der Feststellungen hat das LG. den Angekl. zu Recht wegen vorsätzlicher Zuwiderhandlung gegen den § 330a StGB. verurteilt. Die strafbare Handlung in den Fällen des § 330a StGB. besteht darin, daß sich der Täter durch den Genuß geistiger Getränke oder durch andere berauschende Mittel in einen die Zurechnungsfähigkeit i. S. des § 51 Abs. 1 StGB. ausschließenden Rausch versetzt; lediglich dieser Teil des äußeren Tatbestandes muß von der Schuld (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) des Täters umfaßt sein.

Eine Bestrafung aus § 330a StGB. kann nur erfolgen, wenn der Täter in diesem Rauschzustande eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht. Auf dieses Erfordernis braucht sich die Schuld — Vorsatz oder Fahrlässigkeit — des Täters nicht zu beziehen; es bedeutet vielmehr nur eine Bedingung für die Strafbarkeit der Herbeiführung des Rauschzustandes. Zur Bestrafung bedarf es daher nicht des Nachweises, daß der Täter damit gerechnet hat oder bei Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt damit hätte rechnen müssen, daß er in seinem Rauschzustande eine mit Strafe bedrohte Handlung begehen werde.

Da mithin die Feststellung des inneren Tatbestandes der „mit Strafe bedrohten Handlung" i. S. des § 330a StGB. nicht erforderlich ist, vom angefochtenen Urt. auch nicht erfolgt ist, so durfte der Urteilssatz nicht dahin lauten, daß der Angekl. „wegen im Rauschzustande begangener vorsätzlicher Notzucht" verurteilt werde. Festgestellt ist nach der inneren und äußeren Tatseite lediglich die Zuwiderhandlung gegen den § 330a StGB., nicht dagegen eine vorsätzliche Notzucht; insoweit sind — wie es der § 330a StGB. erfordert — lediglich die äußeren Tatumstände angenommen und dargetan worden. Da die Strafzumessungsgründe mit Sicherheit erkennen lassen, daß das Strafmaß durch die rechtlich unzutreffende Fassung des Urteilssatzes nicht zuungunsten des Angekl. beeinflußt worden ist, konnte der Urteilssatz von hier aus klargestellt werden, ohne daß es einer Zurückverweisung der Sache bedurft hätte.

(3. Sen. v. 29. April 1935; 3 D 106/35.)
<= RGSt. 69, 187.>

Anmerkung: Der Entsch. ist beizupflichten.

Das RG. nimmt mit Recht an, daß bei der Volltrunkenheit in § 330a StGB. neben der schuldhaften Versetzung in einen Rauschzustand nur das äußere Vorliegen „einer mit Strafe bedrohten Handlung" erforderlich sei. Darin wird zutreffend eine Strafbarkeitsbedingung gefunden.

Die Begr. für diese Annahme bleibt das RG. allerdings schuldig. Die Richtigkeit seiner Auffassung ergibt sich aus Fassung und Zweckgedanken der Best.

Das Merkmal „der mit Strafe bedrohten Handlung" ist schon rein äußerlich in einen Bedingungssatz eingekleidet. Aus dem Vorhandensein derartiger Bedingungssätze hat man schon bei mehreren alten Best. des StGB. (z. B. §§ 102, 139 StGB.) auf das Vorliegen einer Strafbarkeitsbedingung geschlossen. Diese Folgerung läßt sich bei der neuen Best. des § 330a StGB. noch mit besserer Begr. ziehen. Die Vorschr. ist in entsprechender Fassung bereits in den Entwürfen von 1925 (§ 335) und 1927 (§ 367) vorhanden. Die Entwürfe bedienen sich im Gegensatz zum alten StGB. einer einheitlichen, bewußt gewählten Ausdrucksweise. Bezeichnend in dieser Hinsicht für die Einstellung der Entwürfe ist die Fassung für die dem § 113 StGB. entsprechenden Tatbestände. Die hier bestehende Streitfrage, ob das Merkmal der Rechtmäßigkeit als Tatbestandsmerkmal oder Strafbarkeitsbedingung zu bewerten sei, haben die Entwürfe im Anschluß an die Rspr. des RG. im letzteren Sinne entschieden. Bei der Fassung der Entwurfstatbestände wird dies durch die Einkleidung des Merkmals in einen Bedingungssatz zum Ausdruck gebracht (Entw. 1925 § 141 Abs. 3; Entw. 1927 § 149 Abs. 3). Bringen aber danach die Entwürfe das Vorliegen einer Strafbarkeitsbedingung in dieser Weise zum Ausdruck, so wird man auch bei § 330a StGB. als einer den Entwürfen entnommenen Vorschr. aus der Wahl eines Bedingungssatzes schließen müssen, daß das Merkmal „der mit Strafe bedrohten Handlung" eine Strafbarkeitsbedingung darstelle.

Entscheidend ist aber letzten Endes nicht diese auf den Wortlaut abgestellte Erwägung, sondern Sinn und Zweck der Vorschr.

Der Zweckgedanke kommt klar in der Entstehungsgeschichte zum Ausdruck, die auf den engen Zusammenhang der Vorschr. mit den Tatbeständen der sog. actio libera in causa hinweist.

Die innere Begr. der Vorschr. liegt in § 51 StGB., mit dem sie im engsten Zusammenhang steht. Nach § 51 Abs. 1 StGB. kann trotz Vorliegens des äußeren Tatbestandes einer strafbaren Handlung mangels einer Schuld keine Bestrafung erfolgen. Straflosigkeit müßte auch dann angenommen werden, wenn sich der Täter selbst schuldhaft in den Zustand der Unzurechnungsfähigkeit versetzt hat.

Diese Fälle ließen unter dem Gesichtspunkt der actio libera in causa allerdings teilweise zu einer Bestrafung des Täters gelangen. Die nacherörterten Beispiele zeigen, daß infolge der den Tatbeständen der actio libera in causa eigenen Begrenzung nicht alle Fälle zu erfassen waren. In den bekannten Tatbeständen, daß sich jemand Mut antrinkt, um in diesem Zustand einen anderen zu mißhandeln oder daß eine Mutter, die sich ständig im Schlafe wälzt, leichtfertig ihr Kind zu sich ins Bett nimmt, liegt, wenn es zur Mißhandlung bzw. Tötung kommt, vorsätzliche Körperverletzung bzw. fahrlässige Tötung vor. Entscheidend und beiden Fällen gemeinsam ist, daß in noch zurechnungsfähigem Zustande schuldhaft (vorsätzlich bzw. fahrlässig) eine Bedingung für den Erfolg (Mißhandlung bzw. Tötung) gesetzt wird. Ursache ist in beiden Fällen schon die Versetzung in den Zustand der Bewußtlosigkeit (Rausch bzw. Schlaf), die sich im unzurechnungsfähigen Zustande fortsetzt, wobei gewissermaßen der Täter sich selbst als Werkzeug benutzt.

In anderen Fällen läßt sich aber die Versetzung in den Zustand der Unzurechnungsfähigkeit nicht schon als schuldhaft gesetzte Bedingung für einen später in diesem Zustand herbeigeführten Erfolg ansehen. Dann müßte der Täter trotz Setzung eines äußeren Straftatbestandes straflos bleiben (§ 51 Abs. 1 StGB.) (Beispiel: der vom RG. hier entschiedene Fall, in dem jemand nach erheblichem Alkoholgenuß in einen Rauschzustand geriet, in dem er eine Notzuchtshandlung vornahm). Ein Fall der actio libera in causa liegt nicht vor, weil die Versetzung in den Rauschzustand hier noch nicht als Ursache für die Notzuchtshandlung angesehen werden kann. Die damit zwar geschaffene Bedingung für diesen späteren Erfolg ist nämlich nicht schuldhaft gesetzt. Denn der Täter sah den Erfolg nicht voraus, weder im Sinne eines unbedingten noch eines bedingten Vorsatzes. Dennoch erscheint er nach gesunder Volksanschauung ebenfalls strafwürdig.

Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung ist schon früher erkannt worden. Während der Entwurf von 1919 sich noch mit anderen Maßnahmen (Wirtshausverbot § 91, Verwahrung § 88, Trinkerheilanstalt § 92) begnügte, haben die Entwürfe neben Sicherungs- und Besserungsmaßregeln eine dem § 330a StGB. entsprechende Strafbestimmung eingeführt. Sie wurde auch in der Denkschrift des PrJustMin. gefordert (Denkschrift S. 136) und mit § 330a StGB. gegeben. Die Best. dient damit gleichzeitig einem doppelten Zweck, einmal die Allgemeinheit vor solchen Schädlingen zu bewahren, zum anderen auch der wirksamen Bekämpfung des Mißbrauchs von Rauschgiften (Schneider-Neuenburg: JW. 1934, 458; Schäfer-Richter-Schafheutle, § 330a Anm. 1; dieselben bei Pfundtner-Neubert, § 330a Anm. 1).

Nach diesem aus der Entstehungsgeschichte klar erkennbaren Sinn und Zweck der Vorschr. muß aber das Merkmal der mit Strafe bedrohten Handlung als bloße Strafbarkeitsbedingung angesehen werden. Wollte man es von der Schuld des Täters umfaßt wissen, dann würde dadurch nichts anderes geschaffen worden sein, als eine — überflüssige — gesetzliche Regelung der bereits immer für strafwürdig erachteten Fälle der actio libera in causa. Der Zusammenhang zwischen der Vorschr. des § 330a StGB. und § 51 StGB. zeigt aber gerade, daß nicht die Fälle der actio libera in causa durch § 330a StGB. geregelt werden sollen, sondern die anderen, bei denen die Versetzung in den Rauschzustand nicht schon als Ursache für die spätere Handlung gewertet werden kann. Diesem Zweckgedanken der Vorschr. entspricht es dann aber allein, bei dem Merkmal der „mit Strafe bedrohten Handlung" von dem Erfordernis einer Schuld abzusehen. Die Schuld braucht sich vielmehr nur auf die Versetzung in den Rauschzustand[1]) zu erstrecken (so auch ohne Begr. Schäfer-

[1]) Die Fälle einer schuldhaften Versetzung in einen anderen Zustand der Unzurechnungsfähigkeit, der nicht als Rauschzustand gewertet werden kann, sind durch § 330a StGB. nicht erfaßt.

Richter-Schafheutle, § 330a Anm. 3; dieselben bei Pfundtner-Neubert, § 330a Anm. 3).

Die Best. des § 330a StGB. kommt danach also immer dann zur Anwendung, wenn die „mit Strafe bedrohte Handlung“ um deswillen nicht strafbar ist, weil die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 StGB. vorliegen. Damit erweist sich aber m. E. die Formulierung des RG., daß die Feststellung des inneren Tatbestandes „der mit Strafe bedrohten Handlung“ i. S. des § 330a StGB. nicht erforderlich sei, als zu weitgehend. Der Begriff der „mit Strafe bedrohten Handlung“ läßt sich nicht positiv umschreiben als die bloße Setzung des äußeren Tatbestandes; er kann nur negativ dahin verstanden werden, daß die mit Strafe bedrohte Handlung ihrem völligen äußeren Tatbestand nach vorliegen muß und eine Bestrafung des Täters nur auf Grund des § 51 Abs. 1 StGB. ausgeschlossen ist. Wer z. B. die Rechtswidrigkeit nicht zum äußeren Tatbestand rechnet [2]), muß beim Vorhandensein eines Rechtfertigungsgrundes trotz Vorliegens des äußeren Tatbestandes einer „mit Strafe bedrohten Handlung“ eine Strafbarkeit aus § 330a StGB. verneinen. Denn auch der Volltrunkene kann, z. B. wenn er angegriffen wird, noch in Notwehr handeln (vgl. Schäfer-Richter-Schafheutle, § 330a Anm. 3; § 42b Anm. 2; dieselben ebenda bei Pfundtner-Neubert; Lobe zu § 42b Anm. 1; Metzger, Deutsches Strafrecht, 1934, S. 147).

Alle Gründe, die bei einem nicht in Volltrunkenheit Handelnden zur Verneinung der Strafbarkeit führen, müssen auch bei dem Volltrunkenen berücksichtigt werden. In den allerdings wohl seltenen Fällen, daß ein Volltrunkener z. B. auf Grund unwiderstehlicher Gewalt handelt oder sich in einem beachtlichen Irrtum befindet, ohne daß diese Gründe in seiner Volltrunkenheit liegen, kann deshalb auch trotz Vorliegens des äußeren Tatbestandes einer „mit Strafe bedrohten Handlung“ und schuldhaft herbeigeführtem Rauschzustand eine Bestrafung nach § 330a StGB. nicht erfolgen. Eine Schlechterstellung des Volltrunkenen ist durch § 330a StGB. nicht beabsichtigt. Die negative Abgrenzung des Merkmals der „mit Strafe bedrohten Handlung“ erscheint daher empfehlenswerter.

Die Auffassung des RG., daß lediglich eine Feststellung des äußeren und nicht auch des inneren Tatbestandes erforderlich sei, kann demnach m. E. nur mit dieser Einschränkung als zutreffend anerkannt werden. Für die vorl. Entsch. war die weitergehende Fassung allerdings ohne Bedeutung.

Die Klarstellung des Urteilsspruchs, wie sie das RG. vorgenommen hat, ist nicht zu beanstanden. Interessant ist die hierbei gewählte Fassung: „Die Rev. wird ... verworfen. Doch ist der Angekl. wegen vorsätzlicher Zuwiderhandlung gegen den § 330a StGB. verurteilt.“ Eine derartige Berichtigung, die in rechtsähnlicher Anwendung des § 354 StPO. vorgenommen worden ist, entspricht ständiger Übung (RGSt. 4, 182; 13, 267; 28, 82; 28, 250; 47, 373/374; 51, 375; 54, 205; 161, 391/392; RG.: JW. 1927, 1316 und Dohna in der Anm.; Kroschel 1933, S. 13/14). Sie ist aus prozeßökonomischen Gründen auch bei Strafurteilen zugelassen worden, falls es sich nur um eine bessere Wortfassung oder bloße Berichtigung handelt, ohne daß ein Eingriff in die tatsächliche oder rechtliche Würdigung des Vorderrichters vorgenommen wird. Im letzteren Falle hätte das Urteil der Aufhebung verfallen müssen. Da aber die Beurteilung des Vorderrichters durch die unzutreffende Fassung des Urteilssatzes nach den Feststellungen des RG. nicht zuungunsten des Angekl. beeinflußt worden ist, so konnte das RG. die Berichtigung selbst vornehmen.

RA. Dr. Oskar Nebel, Köln.

*

30. § 146 GenG.; § 312 HGB. **Nicht jede unentgeltliche Zuwendung, die der Vorstand einer Genossenschaft oder einer AktG. macht oder auch sich selbst gewähren läßt, ist als Untreue nach dem § 146 GenG. (oder nach dem § 312 HGB.) zu bestrafen. Die Pflichtwidrigkeit der Handlung gehört zum äußeren Tatbestande der genossenschaftlichen (und der aktienrechtlichen Untreue). Der gewissenhafte ehrbare Geschäftsmann darf auch die nur moralischen Verpflichtungen nicht gering achten.†)**

1. Die StrK. stellt fest, der Angekl. habe vor dem Übertritt aus seiner glänzenden Stellung bei der D.A.L.AktG. in die neue Tätigkeit ursprünglich Forderungen gestellt, die bei der damaligen wirtschaftlichen Notlage des K.er Genossenschaftsverbandes und der angeschlossenen Hauptgenossenschaft nicht erfüllt werden konnten; in einer Aufsichtsratssitzung der Hauptgenossenschaft, zu der man den Angekl. eingeladen hatte, habe jedoch der als Vorstandsmitglied der Hauptgenossenschaft anwesende damalige Präsident G. den Angekl. gebeten, „trotzdem zu kommen“, und habe ihm dabei eine Entschädigung zu geeigneter Zeit versprochen, wenn die Verhältnisse bei der Hauptgenossenschaft und dem Verbande sich gebessert haben sollten; das Aufsichtsratsmitglied W. habe dieses Versprechen unterstützt; ein Beschluß sei darüber nicht gefaßt worden. — Im Anschluß hieran bemerkt das Urteil des LG.: „Es sollte keine rechtliche, sondern bestenfalls eine moralische Verpflichtung daraus hergeleitet werden können.“

Mit Recht wird dieser Satz der Urteilsbegründung von der Rev. an erster Stelle bemängelt. Nach dem Zusammenhange der Urteilsbegründung will die StrK. in dem angeführten Satze nicht etwa feststellen, G. selbst oder ein anderer der Anwesenden habe damals ausgesprochen, daß man keine rechtliche, sondern bestenfalls eine moralische Verpflichtung zu übernehmen wünsche, sondern die StrK. will hier ihre eigene rechtliche Beurteilung des vorher festgestellten tatsächlichen Vorgangs zum Ausdruck bringen. Diese Beurteilung ist nicht einwandfrei.

Die StrK. hätte prüfen müssen, ob der Angekl. den Vorgang in der Aufsichtsratssitzung als ein rechtsverbindliches Versprechen des Aufsichtsrats aufzufassen hatte. Wenn nun der Angekl. zu Verhandlungen über seine Anstellung in eine Sitzung des Aufsichtsrats geladen wurde, wenn dann vor versammeltem Aufsichtsrat ohne Widerspruch von irgendeiner Seite ein Vorstandsmitglied und ein Aufsichtsratsmitglied Versprechungen machten, um ihn zur Aufgabe einer ungewöhnlich günstigen, auf mehrere Jahre vertraglich gesicherten Lebensstellung mit einem Jahreseinkommen von etwa 60 000 *RM* zu veranlassen, und wenn der Wortführer dieser Versprechungen auch noch ein Mann in der Stellung des Präsidenten der Landwirtschaftskammer und des Landbundes sowie ein Führer im Genossenschaftswesen des Landes war, dann durfte und mußte der Angekl. nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen die ihm gegebenen Erklärungen als eine Äußerung des Aufsichtsrats auffassen, die ihm eine sichere Grundlage für seine Entsch. über die Aufgabe und die Annahme einer Lebensstellung gewähren sollte, demnach mehr bedeutete als nur wohlmeinende Redensarten. Ob der Angekl. eine spätere Entschädigung rechtsverbindlich zugesichert erhalten habe, ist nach diesen von der StrK. dargelegten Vorgängen nur deshalb noch nicht völlig zweifelsfrei, weil nähere Feststellungen fehlen, wie es schließlich zu den endgültigen Vereinbarungen mit dem Angekl. über seine Anstellungsverhältnisse gekommen ist, insbes. was bei dem Abschlusse der später anscheinend zustande gekommenen schriftlichen Verträge aus der Zusage einer späteren Entschädigung geworden ist.

Hiernach lassen die bisherigen Feststellungen des LG. die Möglichkeit bestehen, daß der Angekl. bei den ihm zur Last gelegten Zuwendungen aus dem Vermögen der Hauptgenossenschaft neben den ihm schon aus anderen Gründen zustehenden Beträgen nicht mehr erhalten habe, als was ihm rechtsverbindlich als Entschädigung zugesichert worden war. In diesem Falle hätte niemand zum Nachteile der Hauptgenossenschaft gehandelt, da nur eine Schuld der Hauptgenossenschaft getilgt worden wäre. Die Verurteilung wegen Untreue nach dem § 146 GenG. wäre dann schon aus diesem Grunde nicht gerechtfertigt.

2. Die StrK. selbst hält es für möglich, und nach den festgestellten Vorgängen ist es sogar ganz gewiß, daß der Angekl. wenigstens eine „moralische Verpflichtung“ aus dem von G. gegebenen Versprechen herleiten konnte. Das LG. hätte es daher nicht unterlassen dürfen, zu erwägen, welche Bedeutung eine solche moralische Verpflichtung für die Entsch. habe.

Unterstellt man — trotz der starken dagegen sprechenden Bedenken — die Ansicht als richtig, daß nur eine moralische, keine rechtliche Verpflichtung bestanden habe, so würden sich die Zuwendungen an den Angekl. rechtlich als unentgeltliche Zuwendungen darstellen. Aber nicht jede unentgeltliche Zu-

---

[2]) So auch z. B. das RG. in den Fällen, wo die Rechtswidrigkeit nicht ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal genannt ist.

wendung, die der Vorstand einer Genossenschaft oder einer AktG. macht oder auch sich selbst gewähren läßt, ist als Untreue nach dem § 146 GenG. (oder nach dem § 312 HGB.) zu bestrafen.

Grundsätzlich freilich „handelt absichtlich zum Nachteile" i. S. der genannten Vorschriften nach ständiger Rspr. jede der im Gesetze bezeichneten Personen, die vorsätzlich, d. h. bewußt, das Vermögen der Genossenschaft oder der AktG. schmälert; und dabei genügt auch schon der nur bedingte Vorsatz. Die Rspr. der StrSen. des RG. hat die notwendige Einschränkung dieses Grundsatzes in der Regel durch eine scharfe Abgrenzung des inneren Tatbestandes gewinnen wollen. Daher ist namentlich bei der Beurteilung der im geschäftlichen Leben häufigen gewagten Geschäfte eines Genossenschafts- oder Gesellschaftsvorstandes wiederkehrend betont worden, Untreue liege nur vor, wenn der Täter die Schädlichkeit seiner Handlung für das ihm anvertraute Vermögen nicht nur als möglich erkenne, sondern auch innerlich nicht ablehne, vielmehr innerlich billige (z. B. RGSt. 53, 194; 61, 211, 214; 66, 261; vgl. ferner RGSt. 68, 374 = JW. 1935, 289[17]; 69, 17 = JW. 1935, 529[33]).

Bei unentgeltlichen Zuwendungen kann man aber auf diesem Wege nicht mit ausreichender Sicherheit zur angemessenen Begrenzung des Untreuetatbestandes gelangen. Denn daß durch eine unentgeltliche Zuwendung das betroffene Vermögen geschmälert wird, ist von vornherein so zweifelsfrei, daß der Zuwendende nicht umhin kann, diese Schmälerung bei seiner Tat nicht nur in sein Bewußtsein, sondern auch in seinen Willen aufzunehmen; dennoch kann der Vorstand einer Genossenschaft beispielsweise nicht für jede innerhalb mäßiger Grenzen liegende gemeinnützige Stiftung aus dem Genossenschaftsvermögen wegen Untreue bestraft werden. Es zeigt sich also, daß auch schon der äußere Tatbestand der genossenschaftlichen (und der aktienrechtlichen) Untreue hier einer einschränkenden Abgrenzung bedarf.

Das neuere rechtswissenschaftliche Schrifttum hat diese Abgrenzung mehr und mehr mit Recht darin gefunden, daß die Pflichtwidrigkeit der Handlung als ein unentbehrliches Merkmal des äußeren Tatbestandes der Untreue nach dem § 146 GenG. und dem § 312 HGB. anzusehen sei (vgl. z. B. Schwinge-Siebert, Das neue Untreuestrafrecht S. 38, 42, 44 ff.; Dorothea Prieß, Aktienrechtliche Untreue S. 29 ff.). Auch in dem Urteile des 6. ZivSen. des RG. (RGZ. 118, 316) ist schon ausgesprochen, begrifflich könne eine absichtliche Verfügung eines Bevollmächtigten zum Nachteile des Auftraggebers i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. a. F. nur vorliegen, wenn die Verfügung den Pflichten des Bevollmächtigten zuwiderlaufe. In grundsätzlicher Übereinstimmung hiermit sah auch schon die amtliche Begründung zu dem § 348 des Entw. eines StGB. von 1927 (S. 179 der RTDrucks. Nr. 3390) das Wesen der Untreue im Gebrauche einer Befugnis des Täters, die eine Verletzung seiner Pflichten enthält. Ebenso ist in der Rspr. der StrSen. des RG. schon wiederholt gesagt worden, die Untreue eines Bevollmächtigten, der nach seinem Ermessen zu handeln habe, beginne dort, wo er die Grenze des pflichtmäßigen Ermessens bewußt überschreite (RGUrt. v. 9. Febr. 1934, 4 D 319/33 und v. 8. Mai 1934, 1 D 1170/33, abgedr.: JW. 1934, 2773[14]).

Nach der neuen Fassung des § 266 StGB. gehört zum Treubruchtatbestande ohne jeden Zweifel die Verletzung einer Pflicht, und auch für den an erster Stelle stehenden Mißbrauchtatbestand ist die Pflichtwidrigkeit das unentbehrliche Merkmal des Mißbrauchs im Unterschiede gegen den einwandfreien Gebrauch. Bei der Wesensübereinstimmung der Untreue nach § 146 GenG., § 312 HGB. und § 226 StGB. — auch in der neuen Fassung — können diese gesetzlichen Vorschriften zur gegenseitigen Erläuterung herangezogen werden. Daher ergibt sich für die Auslegung des § 146 GenG. (und des § 312 HGB.) nunmehr schon aus dem neuen § 266 StGB., daß eine Pflichtwidrigkeit der Handlung zum äußeren Tatbestande der genossenschaftlichen (und der aktienrechtlichen) Untreue gehört. Daraus folgt dann, daß das Bewußtsein des Täters von der Pflichtwidrigkeit seiner Handlung ein unentbehrliches Merkmal des inneren Tatbestandes ist, wobei freilich auch hier der nur bedingte Vorsatz genügt (auch hierzu vgl. schon RGZ. 118, 315, 316).

Einwandfreies und pflichtwidriges Handeln in der geschäftlichen Tätigkeit der Genossenschafts- und Gesellschaftsvorstände und -Aufsichtsräte lassen sich oft nur daran unterscheiden, ob die Grenzen der ordnungsmäßigen Geschäftsführung eines gewissenhaften und ehrbaren Geschäftsmannes eingehalten oder überschritten worden sind (vgl. RGSt. 66, 255, 262; RGUrt. v. 18. Febr. 1935, 3 D 1244/34). Hieraus ergibt sich nun auch die große Bedeutung einer moralischen Bindung, wie sie — mindestens — infolge des von G. gegebenen Versprechens vorhanden war. Denn der gewissenhafte ehrbare Geschäftsmann darf auch die nur moralischen Verpflichtungen nicht gering achten. Das muß um so mehr anerkannt werden, je nachdrücklicher die neueste Rechtsauffassung das Ziel setzt, die Anwendung des Rechts nach Möglichkeit mit den Sittengesetzen in Übereinstimmung zu halten.

3. Die Prüfung des Sachverhalts in diesen Richtungen ergibt schon jetzt, daß unter den vom LG. tatsächlich festgestellten Umständen in der Annahme der Zuwendungen der Hauptgenossenschaft keine Pflichtwidrigkeit des Angekl. gefunden werden kann.

Der Angekl. hatte die Geschäfte vor dieser Zuwendung etwa vier Jahre lang geführt. Demnach bedeutete sie eine nachträgliche Gehaltserhöhung von wenig mehr als jährlich 8000 *RM*. Dem stehen die großen Opfer gegenüber, die der Angekl. durch die Aufgabe seiner Stellung bei der D.U.L.-AktG. gebracht hatte, — Opfer, für die ihm auf Grund der G.schen Zusage eine Entschädigung mindestens moralisch, wahrscheinlich sogar rechtlich, geschuldet wurde. Ferner stehen die großen Verluste gegenüber, die der Angekl. erlitten hatte, weil der Einsatz seiner ganzen Kraft für das Genossenschaftswesen es ihm unmöglich gemacht hatte, sich um seine persönlichen Verhältnisse, insbes. seine Gutswirtschaft, ausreichend zu kümmern. Schließlich muß allgemein zugegeben werden, daß ungewöhnliche Leistungen, wie sie der Angekl. mit unbestreitbaren allergrößten Erfolgen vollbracht hatte, auch entsprechend hohe Gegenleistungen verdienen. Bei dieser Sachlage hielten sich die Beträge, die der Angekl. sich gewähren ließ, in mäßigen Grenzen, und sie waren auch nach dem Grade der zu Ende des Jahres 1929 bestehenden Zahlungsfähigkeit der Hauptgenossenschaft durchaus vertretbar.

Es fehlt also schon der äußere Tatbestand einer Untreue (§ 146 GenG.) des Angekl. Daher ist der Angekl. in Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO. freizusprechen, ohne daß noch auf die Ausführungen des angefochtenen Urteils über den beim Angekl. vorhandenen inneren Tatbestand einzugehen wäre.

(1. Sen. v. 10. Mai 1935; 1 D 757/34.)

Anmerkung: Das vorl. Urteil des ersten Senats bedeutet in der Klarlegung des Inhalts der Untreuetatbestände einen wesentlichen Schritt vorwärts. Hier wird zum ersten Male in einer Entsch. der Strafsenate grundsätzlich ausgesprochen, daß im Mittelpunkt des Tatbestandes aller Untreuevorschriften (nicht nur des § 266 StGB.!) der Gedanke der Pflichtwidrigkeit der Handlung steht. Zugleich wird zutreffend betont, daß die strafrechtliche Verantwortung an dem Punkte einsetzt, wo der Bereich ordnungsmäßiger Geschäftsführung eines „gewissenhaften und ehrbaren Geschäftsmannes" verlassen wird.

Wertvoll ist daran zunächst die Feststellung, daß dieses Merkmal der Pflichtwidrigkeit der Handlung zum äußeren Tatbestand der Untreuebestimmungen gehört und nicht, wie man bisher vielfach annahm, zur Schuld. Denn in der Tat liegt es so: Was der Auftraggeber im Rahmen des ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebs tut, wird — als nicht sozialschädlich, sondern sozial unerläßlich und wirtschaftlich fördernd — schon vom Tatbestand der Strafvorschriften nicht erfaßt. Noch bedeutsamer ist die wirtschaftlich höchst bemerkenswerte Anwendung dieser grundsätzlichen Erkenntnis auf den vorl. Fall.

Es handelte sich um folgendes: Der Angekl. tritt 1929 aus einer glänzend bezahlten Stellung bei einer Landwirtschafts-Gesellschaft in die Dienste eines Genossenschaftsverbandes über. Wegen wirtschaftlicher Notlage muß ihm der Verband erhebliche Abstriche in seinen ursprünglichen Gehaltsforderungen zumuten. Als sich der Angekl. schließlich mit einem Gehalt einverstanden erklärt, das

wesentlich unter seinem bisherigen Einkommen liegt, wird ihm in einer Aufsichtsratssitzung eine Entschädigung versprochen, sobald die Verhältnisse bei dem Verband sich gebessert haben sollten. Derartige Entschädigungen werden ihm später auch ausgezahlt. Jetzt wird dem Angekl. nun vorgeworfen, sich durch Annahme solcher nachträglichen Zuwendungen der genossenschaftlichen Untreue schuldig gemacht zu haben.

Im Mittelpunkt des Urteils steht die Frage, welche Bedeutung es hat, wenn für den Verband aus der in der Aufsichtsratssitzung gegebenen Zusicherung gegenüber dem Angekl. nur eine moralische Verpflichtung entstanden war, die Entschädigungen sich also als unentgeltliche Zuwendungen darstellten. Das führt den Senat allgemein auf die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane für die Bewilligung und Annahme von unentgeltlichen Zuwendungen, eine Frage, die er konkret unter Zuhilfenahme eben des Merkmals der ordnungsmäßigen Geschäftsführung löst. Wenn das Urteil hierbei ausführt, der gewissenhafte, ehrbare Geschäftsmann dürfe auch die nur moralischen Verpflichtungen nicht gering achten, und zwar um so mehr, „je nachdrücklicher die neueste Rechtsauffassung das Ziel setzt, die Anwendung des Rechts nach Möglichkeit mit den Sittengesetzen in Übereinstimmung zu halten", so kann man ihm darin nur beistimmen. Uneingeschränkte Zustimmung verdient auch der programmatische Ausspruch, daß ungewöhnliche Leistungen (wie sie der Angekl. nach der Feststellung des Urteils während seiner Amtstätigkeit erbracht hatte) auch entsprechend hohe Gegenleistung beanspruchen dürfen. Im Dritten Reich gilt das Leistungsprinzip. Wer außergewöhnliches leistet, dem wird niemand außergewöhnliche Anerkennung streitig machen. Das neue Untreuestrafrecht will ungesunde Erscheinungen im Wirtschaftsleben bekämpfen. Was einem Vorstandsmitglied als Entschädigung für anderweit erlittene Ausfälle, die in Zusammenhang mit der Übernahme des Vorstandsamtes stehen, sowie als Leistungsprämie zugewandt wird, erfüllt nur dann den Tatbestand strafbarer Untreue, wenn die Tatsache einer solchen Zuwendung und ihre Höhe aus dem Rahmen des Verkehrsüblichen herausfallen — genauer dessen, was der gesunde Verkehr unter Berücksichtigung jeweiliger Verhältnisse fordert (darüber Schwinge-Siebert, S. 46 f.).

Von alledem kann im gegebenen keine Rede sein, deshalb hat der Senat mit Recht Untreue verneint. Ob in der unmittelbaren Gegenwart bei Zuwendungen von gleicher Art und Höhe ebenso zu entscheiden wäre, ist allerdings zweifelhaft. Heute ist bei der strafrechtlichen Beurteilung solcher Sonderbezüge zweifellos ein strengerer Maßstab anzulegen als für die Zeit vor 1933. Die Frage nach der Pflichtwidrigkeit der benachteiligenden Handlung ist eben abhängig von den zeitlichen Umständen, unter denen sie begangen wurde, wozu auch die wirtschaftspolitischen Anschauungen gehören.

Prof. Dr. Erich Schwinge, Halle a. d. S.

*

**31. § 396 RAbgO. Steuerhinterziehung. Für Hauszinssteuerhinterziehungen, soweit sie durch Erschleichung von Hauszinssteuerstundungen begangen werden, gelten die sachlichen Vorschriften des Steuerstrafrechtes (§§ 391 ff., insbes. § 396) der RAbgO. weder unmittelbar noch sinngemäß. Das Gericht hat aber zu prüfen, ob ein Tatbestand des allgemeinen Strafrechts — § 263 StGB. in Tateinheit mit § 266 n. F. StGB. — verwirklicht ist. †)

a) Für die preuß. Hauszinssteuer gilt zunächst — vorbehaltlich der Ausführungen unter b — folgendes: Die preußische Hauszinssteuer ist eine preußische Landessteuer, und zwar eine Realsteuer. Sie wird von den in Preußen gelegenen bebauten Grundstücken ... in einem Vielfachen der preuß. Grundvermögenssteuer erhoben (§§ 1, 2 HauszinsStVO. v. 2. Juli 1926 in der Neufassung v. 9. März 1932. Die Steuereinziehung geschieht durch gemeindliche Hebestellen (Steuerkassen). Nach § 8 Abs. 1 HauszinsStVO. finden die dort genannten Paragraphen des PrGrVermStG. v. 14. Febr. 1923 (auch in den späteren Fassungen) sinngemäße Anwendung. Nach Abs. 2 ebenda sind die Steuerausschüsse und die Berufungsausschüsse für die Steuer vom Grundvermögen auch im Veranlagungsverfahren und im Rechtsmittelverfahren für die Hauszinssteuer zuständig. Nach Abs. 3 ebenda bedarf es eines besonderen Veranlagungsbeschlusses für die Hauszinssteuer nicht. Nach Abs. 4 dürfen Rechtsmittel gegen die Veranlagung zur Hauszinssteuer nicht damit begründet werden, daß die zugrunde gelegte vorläufige Steuer vom Grundvermögen ... unrichtig sei.

b) § 18 RAbgO. schreibt vor: Außer der Verwaltung der Reichssteuern liegen die folgenden Verwaltungsgeschäfte den FinA. und LFinA. ob: 1. die Feststellung und Zerlegung der Besteuerungsgrundlagen bei der Grundsteuer ...; eingeschlossen sind die Vorbereitung, die Nachprüfung, die Steueraufsicht, das Rechtsmittelverfahren und das Strafverfahren. 2. Sonstige (nicht unter 1 fallende) Verwaltungsgeschäfte auf dem Gebiete der Realsteuern ..., soweit der RFM. auf Antrag der Landesregierung die Verwaltungsgeschäfte den FinA. und LFinA. überträgt.

Zu b 1: Der Halbsatz „eingeschlossen sind usw." kann in diesem Zusammenhang nur bedeuten: Soweit die Verwaltungsgeschäfte den FinA. und LFinA. übertragen sind, also nur hinsichtlich der Feststellung und Zerlegung der Besteuerungsgrundlagen bei der Grundsteuer, obliegt den FinA. und LFinA. auch die Vorbereitung, die Nachprüfung, die Steueraufsicht und die Vertretung im Rechtsmittelverfahren und im Strafverfahren.

Zu b 2: Eine solche Übertragung der Verwaltungsgeschäfte der Hauszinssteuer hat in Preußen nicht stattgefunden.

Die RAbgO. gilt zunächst nur für die Reichssteuern (§ 3 Abs. 1 RAbgO.). Ihr Geltungsbereich ist jedoch erweitert. So bestimmt § 4 Abs. 1 RAbgO.: Für die Realsteuern gelten, soweit diese Steuern von FinA. und LFinA. verwaltet werden, die Vorschriften der RAbgO. Daraus ergibt sich: Auf Grund des § 4 Abs. 1 i. Verb. m. § 18 Nr. 1 und 2 RAbgO. gelten die Vorschriften der RAbgO., also insbes. auch deren sachliche Vorschriften über das materielle Strafrecht, bei der Grundsteuer — und damit mittelbar auch bei der Hauszinssteuer — nur insoweit, als es sich um die Feststellung und Zerlegung der Besteuerungsgrundlagen handelt. Im vorl. Falle handelt es sich aber nicht um die Feststellung und Zerlegung der Besteuerungsgrundlagen der Grundsteuer, sondern um die (erschlichene) Bewilligung von Hauszinssteuerstundungen. Diese ist (ebenso wie die Festsetzung der Höhe der Hauszinssteuer) Sache der Landesbehörden. Insoweit ist daher das Steuerstrafrecht der RAbgO. nicht anwendbar (s. Becker, Ergänzung zur 7. Aufl. der RAbgO. S. 23 u. 24).

Allerdings wird der Geltungsbereich der RAbgO. durch § 8 Abs. 2 das. noch weiter ausgedehnt. Die Vorschriften der RAbgO. über das gerichtliche Verfahren in Steuerstrafsachen (§§ 461—467, 469, 470, 472—476) gelten nämlich, soweit sie nicht nach § 3—5 unmittelbare Anwendung finden, sinngemäß für alle öffentlich-rechtlichen Abgaben, daher auch für die Hauszinssteuer. Eine Erweiterung der Geltung der Vorschriften des materiellen Steuerstrafrechtes (§§ 391 ff., insbes. des § 396 RAbgO.) auf alle öffentlich-rechtlichen Abgaben durch sinngemäße Anwendung ist damit abgelehnt.

c) Nach § 19 Abs. 2 FinAusglG. v. 27. April 1926 sind die Länder berechtigt, für Landesabgaben die Vorschriften der RAbgO. über das Strafrecht ... für anwendbar zu erklären. Die preuß. Gesetzgebung enthält aber, wie auch durch eine amtliche Auskunft des preuß. Finanzministers bestätigt worden ist, keine Bestimmung, in der die Vorschriften der RAbgO. über das Strafrecht für die Grundvermögensteuer und die Hauszinssteuer für anwendbar erklärt worden wären.

Für Hauszinssteuerhinterziehungen, soweit sie durch Erschleichung von Hauszinssteuerstundungen begangen werden, gelten sonach die sachlichen Vorschriften des Steuerstrafrechtes (§§ 391 ff., insbes. § 396) der RAbgO. weder unmittelbar noch sinngemäß. Der Verurteilten des Angekl. aus § 396 RAbgO. fehlt daher die gesetzliche Grundlage.

Das LG., an welches insoweit die Sache zurückzuverweisen ist, wird, gegebenenfalls unter Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen, zu prüfen haben, ob sich der Angekl. gegen die Vorschriften des allgemeinen Strafrechts, insbes. etwa gegen § 263 und in Tateinheit hiermit gegen § 266 n. F. StGB. vergangen hat (vgl. RGSt. 60, 97; 63, 139, 142 und zur Tateinheit 38, 366, 367). Das LG. hat tateinheitliches Zusammentreffen des § 396 RAbgO. mit § 266 n. F. StGB.

verneint, weil dem Angekl. keine Befugnis eingeräumt gewesen sei, über fremdes Vermögen zu verfügen, es hat aber rechtsirrig unterlassen, zu prüfen, ob der Angekl. nicht die ihm kraft Rechtsgeschäfts, nämlich des Anstellungsvertrags, oder eines Treuverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch seiner Dienstgeberin Nachteil zugefügt hat. Vorsorglich sei bemerkt, daß die gutgläubigen Antragsteller, deren Stundungsgesuche der Angekl. ohne Prüfung befürwortend vorgelegt hat, durch die vom Angekl. erschlichene Stundung jedenfalls in jenen Fällen keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil erlangt haben, in denen das betreffende Gesuch an sich begründet war und die Stundung auch bei ordnungsmäßiger Behandlung bewilligt worden wäre. Insoweit entfällt auch ein Nachteil der Dienstgeberin.

(5. Sen. v. 27. Mai 1935; 5 D 162/35.)

Anmerkung: 1. Das Urteil wirft ein außerordentlich interessantes und zur Zeit noch betrübliches Schlaglicht auf die Mannigfaltigkeit des Landessteuerstrafrechts. Es dürfte eine vordringliche Aufgabe der Steuerstrafrechtsreform sein, die steuerlichen Straftatbestände einheitlich reichsrechtlich zusammenzufassen. Es bestehen keinerlei Bedenken dagegen, daß auch das materielle Steuerstrafrecht der Landessteuergesetze sich in den im allgemeinen anerkannten Normen des Reichssteuerstrafrechts bewegt. Es würde vollkommen den staatlichen Interessen der einzelnen Länder Genüge getan werden, wenn die RAbgO. durch gesetzgeberischen Akt auch hinsichtlich des materiellen Steuerstrafrechts auf die Landes- und Gemeindesteuern allgemein ausgedehnt werden würde, zumal bisher die Landessteuergesetze bei der Schaffung materieller Steuerstrafbestimmungen sehr zurückhaltend gewesen sind. Soweit wir das Schrifttum überblicken können, haben wir auch eine systematische Bearbeitung des Landessteuerstrafrechts nicht ermitteln können. Wie kompliziert von dem erk. Sen. des RG. das preuß. materielle Steuerstrafrecht betrachtet wird, ergibt die Tatsache, daß das RG. durch eine amtliche Auskunft des PrFinMin. erst eine Bestätigung darüber eingeholt hat, daß keine Bestimmungen vorhanden sind, durch die etwa die Vorschriften der RAbgO. auf das Steuerstrafrecht für die in der Entsch. interessierenden Steuerarten der Grundvermögensteuer und Hauszinssteuer für anwendbar erklärt worden sind.

2. Allerdings haben wir in § 18 RAbgO. bereits einen großen Schritt zur Vereinfachung des Verwaltungssteuerrechts einschließlich des Steuerstrafverfahrensrechts zu erblicken. Jedoch lehrt die vorl. Entsch., daß gerade die wesentlichsten Bestimmungen, nämlich die materiellen Strafrechtsnormen der RAbgO., nicht auf die Landessteuergesetze anzuwenden sind. Eine rechtsähnliche Anwendung der Steuerstrafrechtsnormen der RAbgO. auf Verstöße gegen Landessteuergesetze lehnt das RG. mit Recht ab. Es ist der Auffassung, daß eine sinngemäße Anwendung der Strafrechtsbestimmungen der RAbgO. nicht möglich ist. Dieser Auslegung muß auch nach der Einführung des StAnpG. beigetreten werden. Gemäß § 1 StAnpG. sind die Steuergesetze nach nationalsozialistischer Weltanschauung auszulegen, d. h. lediglich die Auslegung, die Interpretation, erfolgt nach nationalsozialistischen Grundsätzen. Die Auslegung darf aber niemals zu einer Erweiterung der Steuergesetze führen. § 18 RAbgO. läßt deutlich erkennen, daß die Anwendung der Vorschriften der RAbgO. auf Landessteuern in ganz bestimmter Form beschränkt worden ist. Hieraus ist unzweifelhaft zu folgern, daß die nicht erwähnten Gebiete der RAbgO. nicht auf die Landessteuern zu übertragen sind.

3. Im vorl. Falle hatte ein StPfl. sich Steuervorteile bezüglich der Grundvermögensteuer und Hauszinssteuer dadurch zu verschaffen gewußt, daß ein in Steuersachen beschäftigter städtischer Angestellter Stundungsanträgen des StPfl. ohne weiteres mit Wissen des Steuerschuldners nachkam, ohne diese Gesuche pflichtgemäß auf ihre sachliche Begründetheit hin zu prüfen.

Hätte es sich um Reichssteuern gehandelt, so wäre ohne weiteres hinsichtlich beider Beteiligter der Tatbestand der Steuerhinterziehung (§ 396 RAbgO.) erfüllt gewesen. Es genügt ja z. B. für die Strafbarkeit auch die Stellung bewußt unrichtiger Stundungsanträge (KG., Urt. v. 11. April 1934, II S 68/34: JW. 1934, 1512 = RStBl. 1934, 695). Bei dem Zusammenwirken beider Beteiligter und bei dem Erfolge hinsichtlich der später ausgesprochenen Stundung ist eine Verkürzung der Steuern eingetreten.

4. Da die Bestimmungen des Reichssteuerstrafrechts für die Beurteilung der Handlungen der beiden Angekl. entfallen, kann deren Tätigkeit nur nach dem allgemeinen Strafrecht beurteilt werden. Es ist bei dieser Gelegenheit wichtig, darauf hinzuweisen, daß der Tatbestand der Reichssteuerhinterziehung nichts anderes darstellt als einen Unterfall des Betruges (RG., Urt. v. 15. Febr. 1926, II 603/25: RGSt. 60, 99). Jede Steuertäuschungshandlung führt also auf dem Gebiete des Landesstrafrechts zu einer Bestrafung wegen Betruges und, soweit diese Täuschung nicht geglückt ist, zur Bestrafung wegen versuchten Betruges.

Ein an der Erschleichung von Steuervorteilen beteiligter Angestellter einer behördlichen Steuerabteilung, die Landessteuersachen bearbeitet, kann nur dann gem. § 266 RStGB. bestraft werden, wenn ein Nachteil der Dienstgeberin eingetreten ist. Es muß daher im einzelnen Falle durch den Strafrichter festgestellt werden, ob und inwieweit den Steuerstundungsanträgen stattzugeben gewesen wäre.

Dieses leider so zu gewinnende strafrechtliche Ergebnis befriedigt nicht, weil es nicht zu verstehen ist, warum ein Steuersachbearbeiter in Landessteuersachen unter Umständen strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, obwohl er seine Pflichten nicht erfüllt hat, während hingegen ein in entsprechender Stellung tätig werdender Angestellter in Reichssteuersachen wegen versuchter Steuerhinterziehung bzw. Beihilfe hierzu zu belangen ist. Nach den Grundsätzen des sog. dolus eventualis bestraft das RG. im vorl. Falle ohne weiteres, weil der Reichssteuerbeamte nach Lage der Dinge damit rechnen mußte, daß bei Nichtnachprüfung der Stundungsgesuche unter Umständen Stundungsbitten ausgesprochen werden, die sachlich nicht gerechtfertigt sind (vgl. RG., Urt. v. 26. Juni 1934, D 79/34: JW. 1934, 2341 [14]).

5. Mit Recht hebt das RG. hervor, daß hinsichtlich der Tätigkeit von Angestellten nachzuprüfen ist, ob und inwieweit sie kraft Rechtsgeschäftes, nämlich des Anstellungsvertrages oder eines Treuverhältnisses, verpflichtet sind, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen.

Eine solche Verpflichtung ist hinsichtlich der Steuerangestellten von Landessteuerbehörden unseres Ermessens ohne weiteres zu bejahen. Der Sinn der Beschäftigung eines solchen Angestellten besteht darin, daß dieser seinerseits dafür Sorge zu tragen hat, daß die ihm obliegenden Arbeiten sachgemäß erfüllt werden. Dies bedeutet, übertragen auf die Verpflichtung zur Bearbeitung von Steuerstundungsanträgen, die Rechtspflicht des Angestellten, die Stundungsanträge unter Berücksichtigung der gesetzlichen Bestimmungen und Verwaltungsanweisungen sorgfältig zu beachten, ebenso wie umgekehrt den StPfl. es durch die Rspr. zur Pflicht gemacht worden ist, bei der Bearbeitung ihrer Steuerangelegenheiten jede Sorgfalt, die nach Lage des Falles von ihnen verlangt werden kann, aufzuwenden (vgl. RGSt. 57, 329 und RG., Urt. v. 6. Dez. 1934, III D 1241/34 mit meiner Besprechung in JW. 1935, 426 [10]).

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

*

****32.** § 22 Ziff. 4 StPO. **In dem Verfahren betr. die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung darf als Richter nicht tätig sein, wer bei dem früheren Urteil, von dem bei dem Verfahren nach Art. 5 Abs. 2 GewohnhVerbrGes. auszugehen ist, als Beamter der Staatsanwaltschaft mitgewirkt hatte.†)**

Das Urteil, auf Grund dessen der Angekl. nach dem 1. Jan. 1934 eine Strafe verbüßt und von dem bei dem Verfahren nach Art. 5 Abs. 2 GewohnhVerbrG. auszugehen war, ist am 19. Juni 1933 ergangen. Bei seiner Erlassung hat der damalige Staatsanwalt Dr. X. als Vertreter der Staatsanwaltschaft mitgewirkt. Bei der Erlassung des jetzt nach Art. 5 Abs. 2 ergangenen Urteils war Dr. X., der inzwischen Landgerichtsrat geworden ist, Beisitzer. Das war nach § 22 Nr. 4 StPO. unzulässig.

Allerdings ist das am 19. Juni 1933 ergangene Urteil rechtskräftig geworden und damit jenes Verfahren beendet worden. Aber die durch das GewohnhVerbrG. geschaffene Möglichkeit, nachträglich die Sicherungsverwahrung anzuordnen, hat die Rechtskraft jenes Urteils rückwirkend insoweit aufgehoben, als es nunmehr zulässig war, nachträglich die Sicherungsmaßnahme zu verhängen. Das Verfahren aber, in dem diese Maßnahme zu verhängen war, ist gegenüber dem ursprünglichen auf Bestrafung gerichtet gewesenen ein Ergänzungsverfahren (RGSt. 68, 175 = JW. 1934, 2056 [17]) und muß daher auch bezüglich der Frage der Ausschließung eines Richters als ein Teil des gesamten Verfahrens angesehen werden. Demnach war Dr. X. von der Mitwirkung als Richter ausgeschlossen, nicht anders als wenn die Verhandlung vom 19. Juni 1933 nicht zum Ziel geführt hätte, das Verfahren hätte ausgesetzt werden müssen und Dr. X. bis zur neuen Verhandlung zum Richter ernannt gewesen wäre.

(1. Sen. v. 18. Juni 1935; 1 D 410/35.)

Anmerkung: Der Entsch. ist im Ergebnis beizupflichten. Nach § 22 Nr. 4 StPO. ist ein Richter von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen, wenn er „in der Sache" als Beamter der StA. tätig gewesen ist. Die Motive zu § 22 (Hahn, Mat. Bd. 1 S. 90) bemerken, daß unter dem Ausdruck „in der Sache" nur die anhängige Untersuchung verstanden sei, nicht auch jede andere Rechtssache, in welcher es sich um denselben Gegenstand handle.

Nach Stenglein, StPO., Anm. 10 zu § 22 ist „Sache, die im Gange befindliche Prozedur bis zu deren rechtskräftiger Erledigung". Gerland, Der deutsche Strafprozeß, sagt auf S. 55: unter der Sache ist nur die anhängige Strafsache zu verstehen. Wollte man in Übereinstimmung hiermit den Ton auf das Wort „anhängig" legen, so bestünde hier ein anhängiges Verfahren nicht mehr, da es durch das rechtskräftige Urt. v. 19. Juni 1933 abgeschlossen worden ist, es würde also Dr. X. als Richter in dem Nachtragsverfahren nicht ausgeschlossen sein, obwohl er in dem früheren Verfahren als StA. tätig geworden ist. Das RG. schließt sich offenbar der Anschauung an, daß ein Verfahren anhängig sein müsse; denn es stützt sich in seiner Begr. darauf, daß das Verfahren auf nachträgliche Sicherungsverwahrung nach Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. gegenüber dem ursprünglichen auf Bestrafung gerichteten Verfahren ein Ergänzungsverfahren sei (vgl. JW. 1934, 2056 [17]) und einen Teil des Gesamtverfahrens bilde, da die Rechtskraft des Urteils rückwirkend insoweit aufgehoben sei, als nun nachträglich die Sicherungsmaßnahme verhängt werden könne. Es war jedoch m. E. nicht erforderlich, zur Begr. der Entsch. den Gesichtspunkt heranzuziehen, daß das frühere Urteil durch das nachträgliche Sicherungsverfahren teilweise seiner Rechtskraft entkleidet, insoweit also das frühere rechtskräftig geschlossene Verfahren wieder anhängig wird. Denn die Worte des § 22 Nr. 4 StPO. „in der Sache" setzen trotz der entgegenstehenden Behauptung der Motive nicht voraus, daß die Sache noch anhängig sei. In ständiger Rspr. hat das RG. angenommen, daß auch das Wiederaufnahmeverfahren mit dem vorausgehenden, mit der ersten Hauptverhandlung abschließenden Verfahren eine Sache bildet. Wohl mag die Behandlung gewisser prozessualer Fragen dazu Anlaß geben, beide Stadien des Verfahrens als in sich abgeschlossene und einander selbständig gegenüberstehende Hauptverfahren anzusehen; allein die Einheitlichkeit der Strafsache wird dadurch nicht berührt; es wird ja „das Verfahren" wieder aufgenommen. Hiernach hinkt der im Schlußsatz des Urteils angeführte Vergleich mit einer Aussetzung der Verhandlung; er bezieht sich auf eine noch nicht rechtskräftig erledigte Sache, während hier das Urt. v. 19. Juni 1933 die Sache erledigt hatte; es hätte nur eines Hinweises auf die Behandlung der Best. des § 22 Nr. 4 StPO. im Wiederaufnahmeverfahren bedurft.

Da die Rechtskraft der Entsch. der Annahme „der Sache" nicht entgegensteht, liegt dieselbe Sache auch vor, wenn durch Gewährung der Wiedereinsetzung (§§ 235, 329, 391, 412 StPO.) ein rechtskräftiges Urteil beseitigt wird.

Die StPO. regelt das Verfahren nur in Sachen der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit. Soweit für Sondergerichte die Best. der StPO. für entsprechend anwendbar erklärt sind, wie in § 6 VO. über die Bildung von Sondergerichten v. 21. März 1933 und 6. Mai 1933, Art. III § 5 des Hoch- und LandesverratsG. v. 24. April 1934, gilt § 22 StPO. auch für diese Verfahren. Dagegen ist nicht gesetzlich geregelt die Frage, ob § 22 auch anwendbar ist in den Fällen, wo zunächst ein ordentliches Gericht, dann ein Sondergericht oder umgekehrt in derselben Sache tätig geworden ist, z. B. bei der Wiederaufnahme eines durch Urteil des RG. in 1. Instanz geschlossenen Verfahrens vor dem Volksgerichtshof (Art. XII Abs. 3 HochverratsG.), ferner eines durch sondergerichtliches Urteil geschlossenen Verfahrens vor der StrK. (§ 15 der angeführten SondergerichtsVO.), ebenso wenn eine der militärischen Gerichtsbarkeit unterstellte Person dem bürgerlichen Gericht zur Aburteilung überlassen wird (§§ 4, 7 MilStGO.). Man wird die Anwendung des § 22 auch für solche Fälle bejahen müssen, weil der Grundgedanke dieser Best. — Schutz der Unparteilichkeit des Richters — auch hier zutrifft. Für die Militärstrafsachen liegt dieser Schluß um so näher, als die Ausschließungsgründe für Militärrichter in § 44 MilStGO. nahezu wörtlich mit jenen des § 22 StPO. übereinstimmen.

Die „gleiche Sache" liegt nicht vor, wenn ein strafgerichtlich abgeurteilter Beamter noch vor das Disziplinargericht gestellt wird. § 22 StPO. bezieht sich nur auf Strafsachen im engeren Sinn; dazu gehören die Disziplinarstrafsachen nicht. Unter Umständen könnte aber eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit in Frage kommen.

ObLGR. Hümmer, München.

*

33. §§ 54, 241 Abs. 2, 245, 256 StPO. **Verweigert ein Polizeibeamter als Zeuge die Beantwortung der Frage des Verteidigers, welche Vertrauensperson ihm Mitteilungen gemacht habe, und liegt die Genehmigung der zuständigen Behörde zur Aussageerstattung nicht vor, so kommt der Aussage nicht die Bedeutung eines vorgeladenen Zeugen i. S. von § 245 StPO. zu. — Werden bei einer kriminalbiologischen Sammelstelle Nachrichten über einen Angekl. zu einer kriminalbiologischen Beurteilung zusammengestellt, so kann diese Beurteilung verlesen werden.**

Die Rev. macht geltend, der Verteidiger habe an den Zeugen, Wachtmeister D., die Frage gestellt, von wem er über die angeblichen Verfehlungen des Angekl. Kenntnis erhalten habe. Der Zeuge habe hierauf bemerkt, daß er der betreffenden Person zugesagt habe, ihren Namen nicht zu nennen, er verweigere deshalb zu dieser Frage seine Aussage. Nachdem der Vorsitzende der StrK. es abgelehnt habe, die genannte Frage zuzulassen, habe das Gericht sie durch Beschluß als unerheblich abgelehnt. Darin liege eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung. In der Sitzungsniederschrift wird dieser Vorfall wie folgt wiedergegeben:

„Der Verteidiger beantragte, den Zeugen darüber zu vernehmen, wer die Vertrauensperson ist, die ihm von den Vorfällen Mitteilung gemacht hat.

Der StA. widersetzte sich dieser Fragestellung.

Nach geheimer Beratung des Gerichts verkündete der Vorsitzende nachstehenden Beschluß:

Die Frage des Verteidigers an den Zeugen D., wer die Anzeige bei ihm erstattet hat, wird als unerheblich nicht zugelassen."

Aus dem Wortlaut des Beschlusses ist zu folgern, daß der Verteidiger nicht nur beantragt hat, die Vernehmung des Zeugen auf die genannte Frage zu erstrecken, sondern daß er diese Frage selbst unmittelbar gestellt hat. Nach § 241 Abs. 2 StPO. kann eine Frage zurückgewiesen werden, wenn sie als ungeeignet oder als nicht zur Sache gehörig anzusehen ist. Daraus ergibt sich, daß eine Ablehnung „als unerheblich" an sich gegen das Gesetz verstößt. Im vorliegenden Fall liegt die Sache jedoch anders. Wie die Rev. selbst ausführt, hat der Zeuge seine Aussage über die vom Verteidiger gestellte Frage verweigert. Es muß angenommen werden, daß er die Aussage deshalb verweigert hat, weil es den ihm von seiner vorgesetzten Dienstbehörde erteilten Anweisungen entsprach, Personen, die vertrauliche Mitteilungen machen, nicht ohne besonderen Grund preiszugeben. Unter solchen Umständen durfte nicht von dem Zeugen die Beantwortung der an ihn gerichteten Frage verlangt werden, wenn nicht feststand, daß ihm die Genehmigung zur Aussage über den in Frage stehenden Punkt erteilt worden war. Es hätte also zunächst die Entscheidung der zuständigen Behörde darüber eingeholt werden müssen, ob dem Zeugen die Genehmigung zur Beantwortung der gestellten Frage erteilt werde (§ 54 StPO.). Deshalb kann das Zeugnis des Wachtmeisters, soweit es die besondere Frage des Verteidigers betraf, nicht als das Zeugnis eines vorgeladenen Zeugen i. S. des § 245 StPO. gelten. Der Zeuge war bzgl. der hier gestellten Frage des Verteidigers als Zeuge nicht verwendbar (Loewe-Rosenberg zu § 245 StPO. 2c). Scheidet aber § 245 StPO. aus, so konnte das Gericht die zur Herbeischaffung der Aussagegenehmigung notwendigen Schritte ablehnen, wenn die vom Verteidiger verlangte weitere Beweisaufnahme einen für das Urt. unerheblichen Punkt betraf (RGSt. 29, 368). Das aber ist im Urt., ohne daß ein Rechtsirrtum erkennbar wäre, angenommen worden. Der Zeuge hat nur die Mitteilung der Vertrauensperson zum Anlaß genommen, von sich aus Erhebungen zu veranstalten; was die Vertrauensperson dem Wachtmeister gesagt hat, ist gegen den Angekl. nicht verwertet. Unter solchen Umständen ist es völlig unerheblich, von wem der Wachtmeister die Nachricht erhalten hat. Die Ablehnung

der Frage des Verteidigers verstößt somit nicht gegen das Gesetz.

Eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung soll auch darin liegen, daß trotz Widerspruchs des Verteidigers ein Gutachten der kriminalbiologischen Sammelstelle über den Angekl. auf ergangenen Beschluß hin verlesen worden ist. Hierin wird ein Verstoß gegen § 256 StPO. gefunden, weil das Gutachten als Leumundszeugnis i. S. dieser Gesetzesbestimmung anzusprechen sei. Diese Rüge geht fehl. Das „Gutachten" hat, wie sich aus seinem Inhalt ergibt, alle der Sammelstelle über die Person des Angekl. zugeleiteten Nachrichten zu einer „kriminalbiologischen Beurteilung" verarbeitet. Eine solche Beurteilung, die von in der Kriminalbiologie erfahrenen Personen erarbeitet wird, enthält kein Leumundszeugnis, sondern ein sachverständiges Gutachten. Die Verlesung einer ein Gutachten enthaltenden Erklärung verstößt aber nicht gegen § 256 StPO.

(1. Sen. v. 25. Jan. 1935; 1 D 1419/34.)

*

****34.** § 61 Ziff. 2 StPO.; §§ 153, 263 StGB.; §§ 445, 448, 452 Abs. 1 ZPO. Der Umstand, daß die auf einem falschen Eide beruhende richterliche Entsch. sich im Einzelfalle auch zum Nachteil eines am Verfahren Beteiligten oder eines Dritten auswirkt, macht für sich allein den so Betroffenen noch nicht zum Verletzten i. S. von § 61 Ziff. 2 StPO. Anders ist die Beurteilung, wenn der Falscheid zugleich den Tatbestand des Betrugsversuchs erfüllt. Der Richter begeht keine Pflichtverletzung, wenn er auf die verantwortliche Vernehmung einer Partei ausschlaggebendes Gewicht legt.

Als Verletzter i. S. des § 61 Ziff. 2 StPO. kann nur der erachtet werden, in dessen Rechte die strafbare Handlung unmittelbar eingreift, nicht aber schon der, den nur die schädlichen Folgen der Straftat treffen. Ein unmittelbarer Eingriff in die Rechte eines Dritten liegt stets dann, aber auch nur dann vor, wenn die Handlung gegen ein Rechtsgut dieses Dritten gerichtet ist. Im Strafverfahren kann daher als „verletzter" Zeuge nur der gelten, zu dessen unmittelbarem Schutze die Strafvorschrift dient, deren Übertretung dem Angekl. zur Last gelegt ist (vgl. RGSt. 69, 107 = JW. 1935, 1414[12]; 69, 127 = JW. 1935, 1787[24]). In Rspr. u. Schrifttum ist anerkannt, daß das Rechtsgut, zu dessen Schutz die Strafvorschriften des Abschn. 9 des Teil 2 des StGB. aufgestellt sind, die staatliche Rechtspflege ist, daß die dort unter Strafe gestellten Verbrechen und Vergehen „sich gegen den Staat richten und insbes. die Rechtspflege gefährden" (RGSt. 47, 156). Daß ein falscher Eid die Behörde, vor der er geleistet wird, zu einer sachlich unrichtigen Entsch. führt oder auch nur dazu geeignet ist, liegt — abgesehen von dem Sonderfall des § 154 Abs. 2 StGB. — außerhalb des gesetzlichen Tatbestandes. Daher vermag der Umstand, daß die auf einem falschen Eide beruhende richterliche Entsch. im Einzelfalle sich auch zum Nachteil eines am Verfahren Beteiligten oder eines Dritten auswirkt, für sich allein den so Betroffenen noch nicht zum Verletzten zu machen.

Indessen ergibt sich die bezeichnete Eigenschaft hier in der Person der Zeugin W. aus sonstigen Umständen tatsächlicher Art. Der Angekl. ist nach der Annahme des SchwG. schon bei der Erlangung des Geldes darauf ausgegangen, sich in den Besitz der 250 RM durch die falsche Vorspiegelung zu setzen, daß er es nur als „Darlehen", also unter dem Versprechen baldiger Rückerstattung haben wolle. Wenn er dann im Rechtsstreit den Empfang des Geldes abschwor, so wollte er dadurch den vernehmenden Richter täuschen und zu einer das Vermögen der Kl. beschädigenden Verfügung, nämlich zur Erlassung eines klageabweisenden Urteils bestimmen, und dies in der Absicht, seiner Verpflichtung zur Erstattung des Geldes für immer enthoben zu sein. Dieses Verhalten erfüllt den Tatbestand eines versuchten Betruges, der mit dem angenommenen Meineide in Tateinheit nach § 73 StGB. steht. Ob ein sog. Prozeßbetrug auch durch eine falsche Parteibehauptung verübt werden kann, und ob diese Frage wenigstens im Bereiche des neuen § 138 ZPO. zu bejahen ist (vgl. hierüber RGSt. 69, 44 = JW. 1935, 956[12]), bedarf hier keiner Entsch. Denn es handelte sich hier nicht um eine bloße Parteibehauptung, die zur Begründung oder zur Entkräftung der Klage vorgebracht war, sondern um eine verantwortliche Vernehmung der Partei, wie sie durch die neuen Vorschriften des zehnten Titels des ersten Abschn. des zweiten Buches der ZPO. als förmliches Beweismittel eingeführt worden ist (vgl. §§ 445, 448, 452 Abs. 1). Der Richter hat diese Aussage der Partei nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 453 Abs. 1 ZPO. „nach § 286 frei zu würdigen". Er begeht also nicht nur keine Pflichtwidrigkeit, wenn er auf eine solche bei der Parteivernehmung gemachte Aussage seine Entsch. stützt, sondern er ist sogar gesetzlich verpflichtet, diese Aussage ebenso wie ein anderes Beweismittel zu werten, und muß notfalls eine solche Parteiaussage den Ausschlag bei seiner Entsch. geben lassen.

Das Verhalten des Angekl. würde, wenn es auf die falsche Aussage hin zu einem klageabweisenden Urteil gekommen wäre, unmittelbar die Zeugin W. an ihrem Vermögen beschädigt und ein zu ihrem Nachteil verübtes Vergehen des Betruges dargestellt haben. Mithin ist die W. aus diesem rechtlichen Grunde als Verletzte i. S. des § 61 Ziff. 2 StPO. anzusehen und im Ergebnis mit Recht unvereidigt geblieben.

(4. Sen. v. 7. Mai 1935; 4 D 323/35.)

<= RGSt. 69, 191.>

*

35. § 207 StPO. Ist der Eröffnungsbeschluß unklar oder lückenhaft, so ist er aus der Anklage zu ergänzen. Dabei ist nicht nur darauf Bedacht zu nehmen, daß der Angekl. genügend unterrichtet wird, vielmehr muß auch das Gericht in seiner Gesamtheit den Umfang der erhobenen Beschuldigung genau erkennen.

Der Eröffnungsbeschluß weist die von der Rev. gerügten Mängel auf. Danach ist der Angekl. hinreichend verdächtig, sich in sechs selbständigen Fällen der Untreue i. S. des § 266 Nr. 2 und Abs. 2 StGB. a. F. schuldig gemacht zu haben. Über die Handlungen selbst enthält der Eröffnungsbeschluß nur die Angabe des Ortes (in W. und an anderen Orten) und der ungefähren Zeit (in den Jahren 1927 bis 1933). Dagegen fehlt jede Angabe der sechs einzelnen konkreten Vorgänge, in deren jedem das LG. eine strafbare Untreue sieht. Daß ein solcher Eröffnungsbeschluß den Erfordernissen des § 207 StPO. nicht entspricht, ist in der Rspr. des RG. wiederholt ausgesprochen worden (vgl. JW. 1933, 2149[38] und RGSt. 68, 105 = JW. 1934, 1366). Durch einen derartigen Mangel kann ein Angekl. insofern benachteiligt werden, als er die Vorbereitung und die Durchführung seiner Verteidigung vor und in der Hauptverhandlung nicht entsprechend einrichten kann, und insofern, als die mitwirkenden Richter, die den Akteninhalt nicht kennen, nicht oder nur unklar erkennen können, was dem Angekl. eigentlich zur Last gelegt wird.

Der Eröffnungsbeschluß darf aber nicht für sich allein betrachtet werden. Da er die Anklageschrift erledigt, muß diese zu seiner Erläuterung herangezogen werden. Die Anklageschrift schildert im vorliegenden Fall den dem Angekl. zur Last gelegten Sachverhalt sehr eingehend. Sie ist ihm zugestellt worden, war ihm also bekannt. Da der Eröffnungsbeschluß dem Sachverhalt der Anklageschrift nichts hinzufügt und nichts von ihm abstreicht, muß angenommen werden, daß die ganze dort mitgeteilte Tatsachenreihe Gegenstand des Hauptverfahrens werden sollte. Auch der Angekl. konnte keiner anderen Auffassung sein. Die einzige Änderung, die der Eröffnungsbeschluß gegenüber der Anklageschrift enthält, ist die Angabe, daß der Angekl. sechs selbständiger Handlungen der Untreue hinreichend verdächtig sei, während die Anklageschrift nur von mehreren selbständigen Handlungen spricht. Insoweit konnte bei dem Angekl. eine Unklarheit bestehen. Sie hätte spätestens nach der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses in der Hauptverhandlung durch den Vor-

sitzenden beseitigt werden müssen. Außerdem hätte daselbst der Vorsitzende, um den mitwirkenden Richtern ein Bild von dem Gegenstand der Anklage zu geben, durch mündliche Mitteilung des Sachverhalts den Eröffnungsbeschluß ergänzen müssen. Ob dies geschehen ist, läßt die Sitzungsniederschrift nicht erkennen.

Die Frage kann aber dahingestellt bleiben, da die Verurteilung des Angekl. auf den festgestellten und als möglich zu unterstellenden Mängeln nicht beruhen kann. Der Angekl. ist nur in zwei Fällen verurteilt worden. Diese Fälle sind in der Anklageschrift ausführlich beschrieben. Es ist demnach ausgeschlossen, daß sich der Angekl., der schon vor der Eröffnung des Hauptverfahrens zwei rechtskundige Verteidiger zur Seite hatte, nicht auf seine Verteidigung in diesen zwei Fällen hätte vorbereiten können oder daß er in der Hauptverhandlung nicht gewußt hätte, was ihm in Ansehung dieser zwei Fälle zum Vorwurf gemacht werde. Die Revisionsbegründung sagt selbst, daß sich die Verteidigung auf die Tatsachen beschränkt habe, die in der Anklageschrift genannt waren.

Es bleibt nur noch zu prüfen übrig, ob die mitwirkenden Richter, die keine Aktenkenntnis hatten, auf Grund der Hauptverhandlung in der Lage gewesen sind, sich ein Bild von dem Gegenstand der Anklage zu machen. Die Frage kann insoweit ohne weiteres bejaht werden, als sie die der Verurteilung zugrunde liegenden Fälle betrifft. Die tatsächlichen Feststellungen im Zusammenhang mit den Angaben der Sitzungsniederschrift über die Beweisaufnahme ergeben, daß gerade die Behandlung dieser Fälle in der Hauptverhandlung einen breiten Raum einnahm. Der Umfang der Beschuldigung mußte daher allen Prozeßbeteiligten, wenn nicht schon am Anfang, so doch im Laufe der Hauptverhandlung klar geworden sein.

(5. Sen. v. 4. Febr. 1935; 5 D 500/34.)

*

36. §§ 230 Abs. 2, 231 Abs. 2, 338 Ziff. 5, 8 StPO. Ein Mitangekl. gehört nicht zu den Personen, deren Abwesenheit in der Hauptverhandlung von einem anderen Angekl. als Revisionsgrund nach § 338 Ziff. 5 StPO. geltend gemacht werden kann. Hat sich ein Angekl. freiwillig aus der Verhandlung entfernt, und verhandelt das Gericht trotzdem weiter, so tritt hierin die Ermessensentscheidung des Gerichts genügend hervor, daß es von einer Vorführung oder Verhaftung dieses Angekl. absehen wolle.

Die Rev. hat geltend gemacht, daß an verschiedenen Sitzungstagen die Mitangekl. nicht anwesend waren oder sich vorzeitig aus dem Sitzungssaal entfernt haben, ohne daß das Gericht die Prozeßbeteiligten darüber befragt habe, ob sie mit einer Verhandlung in Abwesenheit dieser Angekl. einverstanden seien, und ohne daß ein Beschluß darüber gefaßt worden sei, daß die Verhandlung in Abwesenheit dieser Angekl. fortgesetzt werden solle.

Die Rüge ist nicht begründet. Ein Mitangekl. gehört nicht zu den Personen, deren Abwesenheit in der Hauptverhandlung von einem anderen Angekl. als zwingender Revisionsgrund nach § 338 Ziff. 5 StPO. geltend gemacht werden kann (RGSt. 38, 272; 52, 189). Betrifft die Anklage gemeinschaftlich verübte Straftaten, so kann allerdings eine Beschwerung eines Mitangekl. vorliegen, wenn gegen ihn wegen solcher Straftaten, die er gemeinschaftlich mit einem Mitangekl. verübt haben soll, in einer einen Verfahrensverstoß begründenden Weise in Abwesenheit dieses Mitangekl. verhandelt wird. Hierin kann auch ein den BeschwF. beschwerender Verfahrensverstoß gegeben sein (RGSt. 62, 260). Der Angekl. M. war nach dem Eröffnungsbeschluß keiner gemeinschaftlich mit den Angekl. O., K. und W. begangener Straftaten beschuldigt. Das Ausbleiben dieser Mitangekl. konnte somit den Angekl. nicht beschweren. Anders ist die Sachlage, soweit die zeitweise Abwesenheit der Angekl. A. gerügt ist, da der Angekl. F. des gemeinschaftlich fortgesetzten Betrugs mit dieser Angekl. beschuldigt war. Ein verfahrensrechtlicher Verstoß lag jedoch insoweit nicht vor. Hat sich ein Angekl. freiwillig entfernt, so steht es gem. § 231 Abs. 2 StPO. im freien Ermessen des Gerichts, ob es weiterverhandeln oder die Vorführung oder Verhaftung dieses Angekl. beschließen will (§ 230 Abs. 2 StPO.). Dieses Ermessen hat das Gericht dadurch, daß es von solchen Maßnahmen absah und die Verhandlung in Abwesenheit dieser Angekl. fortsetzte, tatsächlich genügend erkennbar in der Weise walten lassen und zum Ausdruck gebracht, daß ihre Anwesenheit nicht für erforderlich erachtet wurde. Die Verkündung eines diese Entschließung formell nach außen kundgebenden Beschlusses war nicht erforderlich, weil die Entscheidung in Abwesenheit des betreffenden Mitangekl. stattfand (§ 35 Abs. 1 StPO.; RGSt. 9, 341). Eine Befragung der anwesenden Mitangekl. war nicht erforderlich. Diesen stand es frei, wenn sie ihrerseits die Anwesenheit der abwesenden Mitangekl. zu ihrer eigenen Verteidigung erforderlich hielten, entsprechende Anträge, sei es auf Aussetzung oder auf Unterbrechung der Hauptverhandlung und Herbeiholung der Mitangekl. zu stellen. Wird ein Angekl. durch die Ablehnung solcher Anträge in einem für die Verteidigung wesentlichen Punkt beschränkt, dann kann die Rev. auf Verletzung des § 338 Ziff. 8 ZPO. gestützt werden. Ein solcher Antrag ist aber von dem Angekl. F. in der Hauptverhandlung nicht gestellt worden.

(2. Sen. v. 11. Febr. 1935; 2 D 1495/34.)

*

37. § 250 StPO. Auf die Beachtung der im öffentlichen Interesse gegebenen Vorschriften über die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens kann von den Prozeßbeteiligten wirksam nicht verzichtet werden (RGSt. 9, 50, RGUrt. v. 27. April 1923, IV 844/22, und v. 19. Nov. 1934, 5 D 152/34).

(5. Sen. v. 3. Juni 1935; 5 D 330/35.)

*

38. Nach § 261 StPO. hat das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpften Überzeugung zu entscheiden. Aussagen eines Sachverständigen, die dieser in einer anderen Hauptverhandlung gemacht hat, können daher nicht verwertet werden (JW. 1922, 1394 [6]).

(4. Sen. v. 4. Juni 1935; 4 D 445/35.)

*

39. § 267 StPO. Wenn die Ausnahmevorschrift des § 267 Abs. 4 StPO. nicht eingreift, müssen die Urteilsgründe bei einer Verurteilung dem im Abs. 1 Satz 1 § 267 StPO. aufgestellten Erfordernis entsprechen, daß sie die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden. Ein Verstoß hiergegen stellt auch einen sachlich-rechtlichen Mangel dar.

(5. Sen. v. 16. Mai 1935; 5 D 173/35.)

*

40. § 358 StPO. Nach der ständigen Rspr. des RG. ist nicht nur der Tatrichter im neuen Urteil, sondern, wenn das neue Urteil der Vorinstanz wiederum mit der Rev. angegriffen wird, auch das RevG. selbst an die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung des früheren Urt. zugrunde liegt, gebunden (RGRspr. 4, 300; RG.: LZ. 13, 541).

(2. Sen. v. 20. Juni 1935; 2 D 1173/34.)

*

41. § 358 Abs. 2 StPO. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung in dem neuen Urteil verstößt nicht gegen den Grundsatz der reformatio in pejus, wenn das frühere Urteil zu einer Zeit erlassen war, zu der das GewohnhVerbrG. noch nicht bestand, die Verhängung der Sicherungsmaßregel daher nicht möglich war. Das RevG. hat auch ohne Vorliegen einer entsprechenden Rüge zu prüfen, ob § 358 Abs. 2 StPO. verletzt worden ist.

Das LG. hat gegen den Angekl. zugleich die Sicherungsverwahrung angeordnet. Auch ohne Rüge hätte geprüft werden müssen, ob hierdurch § 358 Abs. 2 StPO. verletzt worden ist (Urt. 1 D 1039/34).

In dem früheren, vom RG. aufgehobenen Urteil war diese Maßregel nicht über den Angekl. verhängt worden. Das wäre auch nicht möglich gewesen, weil damals das GewohnhVerbrG. noch nicht erlassen war. Die Frage, ob ein ref. in pejus vorliegt, ist auch jetzt von Bedeutung, weil es davon abhängt, ob die Anordnung auf die neue Verhandlung von neuem getroffen werden kann. Die Zulässigkeit ist indessen zu bejahen. Zwar ist in einer Anordnung der Sicherungsverwahrung gegenüber einem früheren Urteil, das sie nicht ausgesprochen hat, regelmäßig eine Benachteiligung i. S. des § 358 Abs. 2 StPO. zu sehen. Das ergibt sich aus der neuen Fassung dieser Best., die den Zusatz erhalten hat: „Die Anordnung der Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt, einer Trinkerheilanstalt oder einer Entziehungsanstalt wird dadurch nicht ausgeschlossen." Im vorl. Falle würde die Benachteiligung auch nicht ausgeglichen worden sein dadurch, daß die im früheren Urteil festgesetzte Zuchthausstrafe um ein Jahr höher bemessen war als jetzt. Denn die Sicherungsverwahrung, die zudem auf unbestimmte Zeit anzuordnen ist, unterscheidet sich in ihrem Wesen von der Strafhaft und kann mit dieser überhaupt nicht in Vergleich gesetzt werden. Die Beschränkung des § 358 Abs. 2 StPO. greift indessen aus dem Grunde nicht Platz, weil das frühere Urteil zu einer Zeit ergangen ist, als das GewohnhVerbrG. noch nicht bestanden hat und die Verhängung der Sicherungsmaßregel deshalb nicht möglich war. Vgl. Urt. 4 D 644/34, worin mit näherer Begr. ausgeführt ist: „Wenn gegenüber Urteilen, die vor dem 1. Jan. 1934 erlassen worden sind, durch die Übergangsvorschr. des Art. 5 GewohnhVerbrG., soweit es sich um die Anordnung der Sicherungsverwahrung handelt, sogar der Grundsatz der vollständigen Rechtskraft durchbrochen wird, so muß ihnen gegenüber insoweit erst recht das nur eine beschränkte Rechtskraft schaffende Verbot der ref. in pejus zurücktreten." Dieser Auffassung, die auch den Urt. 1 D 1139/34 und 1 D 1148/34 zugrunde liegt, schließt sich auch der erk. Sen. an.

(2. Sen. v. 7. Jan. 1935; 2 D 1406/34.)

*

****42. § 316 MilStGO. Wenn Gegenstand der Aburteilung durch das Oberkriegsgericht ein Vergehen nach § 138 MilStGB., § 242 StGB. und ein Verbrechen nach § 140 MilStGB. waren, dann ist die Rev. des Angekl. auch dann zulässig, wenn wegen des Verbrechens Freisprechung erfolgt war und die Rev. sich nur gegen die Verurteilung wegen des Vergehens richtet.†)**

Gegen den Angekl. war die Anklage verfügt worden wegen eines Vergehens des militärischen Diebstahls nach § 138 MilStGB. und § 242 StGB. und wegen eines Verbrechens der passiven Bestechung nach § 140 MilStGB. Kriegsgericht und Oberkriegsgericht verurteilten wegen militärischen Diebstahls und sprachen den Angekl. von dem Verbrechen der passiven Bestechung frei. Der Freispruch ist von dem Gerichtsherrn mit der Rev. nicht angefochten worden, während der Angekl. gegen die Verurteilung wegen militärischen Diebstahls Rev. eingelegt hat. Es tritt nun die Frage auf, ob die Rev. nach § 316 MilStGO. zulässig ist, obwohl mit ihr nur noch die Verurteilung wegen militärischen Diebstahls angefochten wird, während das Urt. hinsichtlich des Verbrechens der passiven Bestechung Rechtskraft erlangt hat. Der Sen. hat diese Frage bejaht. Nach § 316 MilStGO. ist die Rev. zulässig gegen die Urt. der Oberkriegsgerichte, wenn Gegenstand der Anklageverfügung oder der Aburteilung waren Verbrechen, die nicht nur wegen Rückfalls oder wegen der erhöhten Strafdrohung nach § 53 MilStGB. Verbrechen sind, es sei denn, daß das BG. in diesen Fällen mit der Schuldfrage nicht befaßt worden ist. Im vorl. Fall war sowohl wegen eines Verbrechens Anklage erhoben worden, als auch hat sich das Oberkriegsgericht auf die Berufung des Gerichtsherrn gegen den Freispruch des Kriegsgerichts wegen passiver Bestechung mit der Schuldfrage zu diesem Verbrechen befaßt. Die Voraussetzungen des § 316 MilStGO. sind sonach gegeben. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß wegen des Verbrechens der passiven Bestechung Freisprechung erfolgt ist und sich die Rev. nun lediglich gegen die Verurteilung wegen eines Vergehens des militärischen Diebstahls richtet. Denn nach § 316 MilStGO. ist die Rev. uneingeschränkt zulässig gegen die Urt. der Oberkriegsgerichte, wenn Gegenstand der Anklageverfügung oder der Aburteilung Verbrechen waren und wenn das Oberkriegsgericht mit der Schuldfrage befaßt worden ist, gleichgültig, ob teilweise Freisprechung erfolgt ist oder nicht. Aus dieser allgemeinen Fassung des § 316 MilStGO. muß entnommen werden, daß der Gesetzgeber nicht dann die Rev. für unzulässig erklären wollte, wenn wegen Verbrechens Freisprechung erfolgt ist. Dies hätte besonders zum Ausdruck gebracht werden müssen. Wenn auch, wie sich aus der amtlichen Begründung zu § 316 MilStGO. ergibt, der Gesetzgeber die Rev. in militärgerichtlichen Verfahren einschränken wollte (s. dazu amtl. Begr. zur MilStGO. i. d. Fass. der Bek. v. 4. Nov. 1933 [RGBl. I, 921, 924 S. 28]), so spricht doch der Wortlaut des § 316 MilStGO. für die Zulässigkeit der Rev. auch im vorl. Fall. Die Ausführung der amtlichen Begründung: „Wenn also Gegenstand der Anklageverfügung oder der Aburteilung vor dem Oberkriegsgericht überhaupt revisible Verbrechen oder Vergehen waren, so ist die Rev. auch wegen der sonst mitabgeurteilten Straftaten zulässig", steht dieser Auffassung nicht entgegen. Es kann diesem Satz, ohne entsprechenden Hinweis im Gesetz selbst, nicht ohne weiteres entnommen werden, daß die Rev. gegen das mitabgeurteilte Vergehen, gegen das für sich allein betrachtet die Rev. nicht zulässig wäre, nur i. Verb. m. der Rev. auch gegen das mitabgeurteilte Verbrechen zulässig ist. Aus der allgemeinen Fassung des § 316 MilStGO.: „Die Rev. ist zulässig gegen die Urteile" ist vielmehr zu entnehmen, daß es dem BeschwF. überlassen bleiben soll, in welchem Umfang er von dem Rechtsmittel Gebrauch machen will. Es könnte ja auch der Fall eintreten, daß der BeschwF. wegen des Verbrechens mitverurteilt worden ist, diese Verurteilung aber nicht angreift, sondern seine Rev. auf das sonst nicht revisible Vergehen beschränkt. Auch in diesem Fall müßte die Rev. als zulässig erachtet werden.

Die Rev. ist aber sachlich-rechtlich offensichtlich unbegründet.

(Beschl. v. 24. Mai 1935; 4 D 531/35.)

Anmerkung: § 316 MilStGO., der sein Vorbild in § 397 a. F. findet, beschränkt die Rev. gegen Urteile auf die Strafsachen der schweren Kriminalität und stellt hierfür einzelne Voraussetzungen auf. Das RG. prüft durch Untersuchung der Fassung des § 316 und des Wortlauts der amtl. Begr., ob diese gesetzlichen Merkmale für die Zulässigkeit der Rev. im vorl. Falle erfüllt sind. Solche Wortauslegungen können nicht sehr überzeugend wirken. Es wäre einleuchtender gewesen, wenn das RG. auf die der Vorschr. zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgedanken und auf die sonstige Abstufung der Strafsachen zurückgegriffen hätte. — Aus den in § 316 aufgezählten Merkmalen ergibt sich, daß die Nachprüfung von seiten des RG. auf solche Urteile beschränkt werden soll, in denen das OKrGer. zur Schuldfrage in einer schwereren Strafsache Stellung genommen hat. Unser Prozeßrecht stuft nun allgemein die Strafsachen nach der Schwere der Beschuldigung und nicht nach der Schwere der wirklich begangenen Tat ab. Als Beispiel sei die Gerichtszuständigkeit nach § 22 und § 238 Abs. 4 MilStGO. erwähnt. Sie wird durch den Gegenstand der Aburteilung (§ 22) und dieser wieder zunächst durch die Anklageverfügung (§ 237) bestimmt. Es ist nur folgerichtig, daß auch für

die Zulässigkeit der Rev. der Gegenstand der Aburteilung und nicht der Inhalt des Urteils vom Gesetzgeber als maßgebend bezeichnet worden ist. Es leuchtet ferner ein, daß bei zusammenhängenden Strafsachen die Zuständigkeit des Gerichts wie die Anfechtbarkeit seiner Entsch. durch die schwerste Beschuldigung bestimmt werden. In dem vom RG. abgeurteilten Falle wäre also die Zulässigkeit der Rev. gar nicht zweifelhaft geworden, wenn wegen des gesamten Urteilsgegenstandes eine Anfechtung erfolgt wäre. Anfechten konnte hier in diesem Umfange nicht der Angekl., weil bei ihm nur zum Teil eine Beschwer vorlag; jedoch hätte der Gerichtsherr in vollem Umfange Rev. einlegen können.

Das RG. untersucht nun die m. E. unerhebliche Frage, ob bei einer zusammengesetzten Strafsache eine Freisprechung zur Verbrechensanklage jede Rev. unzulässig macht. Das ist offenbar nicht der Fall, denn gerade eine solche Freisprechung kann für den Gerichtsherrn Gegenstand der Beschwer sein. Maßgebend für die Zulässigkeit der Rev. ist nicht der Inhalt der vorinstanzlichen Entsch. zur Verbrechensanklage, sondern die Tatsache dieser Entsch. überhaupt, eben der Gegenstand der Aburteilung. Die Frage müßte daher anders gestellt werden, als das RG. es getan hat. Es ist zu prüfen, ob die durch Erledigung des Verbrechensfalles eintretende beschränkte Rechtskraft des oberkriegsgerichtlichen Urteils auch den Gegenstand der Aburteilung einengt und ob aus diesem Grunde eine Rev. wegen des rechtshängig bleibenden Vergehens ausgeschlossen ist. Diese Frage ist unbedenklich zu verneinen, wie eine Betrachtung des § 316 MilStGO. ergibt. Jedes Strafverfahren bedarf einer gewissen Stetigkeit. Eine einmal begründete Zuständigkeit muß darum fortdauern auch wenn ihre Voraussetzungen nachträglich in Fortfall kommen. Ebenso ist der § 316 MilStGO. aufgebaut. Nach dieser Best. ist der Gegenstand des oberkriegsgerichtlichen Urteils maßgebend. Die infolge des Inhalts dieses Urteils wegen Wegfalls der Beschwer auf der einen Seite und wegen Nichtausübung des Revisionsrechts auf der anderen Seite später eintretende beschränkte Rechtskraft kann diese feste Rechtslage nicht mehr ändern. Das hat auch seinen guten Sinn; denn so besteht von vornherein eindeutige Klarheit über die Zulässigkeit der Rev. Darum ist der vorl. Entsch. des RG. im Ergebnis zuzustimmen: Die Rev. war zulässig, obschon die Anfechtung nur noch wegen eines Vergehens als Gegenstandes der Aburteilung erfolgt.

Bedauerlich ist allerdings, daß das RG. nach geltendem Militärstrafprozeßrecht noch gehindert ist, bei einer nur vom Angekl. eingelegten Rev. das angefochtene Urteil zum Nachteil des Angekl. zu ändern. Hier wird hoffentlich bald eine Novelle zur MilStGO. die Neuerungen der Strafverfahrensnovelle v. 28. Juni 1935 übernehmen.

Prof. Dr. K. Siegert, Göttingen.

Erbhofgerichte

Bamberg

43. §§ 1, 2 RErbhofG.

1. Ein nach dem Inkrafttreten des RErbhofG. zum Zweck der Zwangsversteigerung beschlagnahmter erbhoffreier Grundbesitz erlangt die Erbhofeigenschaft nicht durch Veräußerung nach der Beschlagnahme, auch wenn der Erwerber die persönlichen Voraussetzungen für einen Bauern erfüllt und sein bisheriger Besitz zusammen mit dem Neuerwerb eine Ackernahrung darstellt.

2. Die das Entstehen der Erbhofeigenschaft hindernde Wirkung tritt ein, wenn die Beschlagnahme vor Übergang des Eigentums auf der Erwerber (Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch) wirksam wird, auch wenn Veräußerungsvertrag und Auflassung noch vor der Beschlagnahme liegen. †)

Durch die Anordnung der Zwangsversteigerung vom 9. Aug. 1934 wurde das Anwesen Haus Nr. 48 in L., das damals noch kein Erbhof war, zugunsten der betreibenden Gläubigerin beschlagnahmt. Diese Beschlagnahme wurde mit der Zustellung des die Zwangsversteigerung anordnenden Beschlusses an den Schuldner rechtswirksam. Die Beschlagnahme hat die Wirkung eines Veräußerungsverbots, welches jedoch nur zugunsten des betreibenden Gläubigers wirkt.

Nun hat allerdings der Schuldner sein Anwesen schon vor Anordnung der Zwangsversteigerung an seinen Sohn übergeben, die Eintragung im Grundbuch ist aber erst nach Anordnung der Zwangsversteigerung erfolgt. Für die Gläubiger hat daher die erfolgte Veräußerung auf das Zwangsversteigerungsverfahren keinen Einfluß und der Erwerber Gg. Friedrich A. kann der Durchführung der Zwangsversteigerung nicht widersprechen. Es ist vielmehr den betreibenden Gläubigern gegenüber so anzusehen, als ob die Veräußerung nicht erfolgt wäre.

Durch die erst am 6. Nov. 1934 erfolgte Eintragung im Grundbuch konnte daher Gg. Friedrich A. eine Anwartschaft auf das Eigentum an dem Hofe erlangen, die erst durch Aufhebung der Zwangsversteigerung zum vollen Eigentum führen konnte.

Da aber, wie das AnerbG. mit Recht ausführt, die Entstehung eines Erbhofes das Alleineigentum einer bauernfähigen Person voraussetzt, konnte im Verhältnis zum Darlehnskassenverein L. kein Erbhof entstehen. Den Ausführungen des BeschwF. vermochte das ErbhGer. nicht zu folgen, es schließt sich vielmehr den Entsch. des ErbhGer. Celle an, abgedruckt in der ErbhRspr. S. 17 und 71.

(ErbhGer. b. OLG. Bamberg, Beschl. v. 5. Juni 1935, We 477/35.) [S.]

Anmerkung: Vgl. zur angeschnittenen Frage den Aufsatz Rötelmann: JW. 1935, 587, die Zusammenstellung der Rspr. von Seybold: JW. 1935, 562 (unter Ziff. 4 zu § 1 Abs. 1) und weiter Oeller: DNotZ. 1935, 17 sowie JW. 1935, 1637 [18] und Rötelmann: JW. 1935, 2066 [38].

*

Celle

44. § 3 RErbhofG.; § 2 der 2. DurchfVO. Anteilsrechte, die gemäß § 2 der 2. DurchfVO. zum Erbhof gehören, bleiben für die Berechnung der Erbhofhöchstgrenze außer Betracht. †)

Frau Marie Br. ist Eigentümerin der Halbmeierstelle Nr. 1 in S. in Größe von 119,1008 ha. Zum Hof gehört außerdem 1/8 Anteil an Art. 11 von S.

Die Eigentümerin hat gegen die beabsichtigte Eintragung ihrer Besitzung als Erbhof Einspruch eingelegt mit der Ausführung, für die Berechnung der Fläche ihres Hofes sei der Anteil an Art. 11 umzurechnen und dem Eigenland hinzuzurechnen, es ergäbe sich dann eine Gesamtgröße von 134,8303 ha, womit die Erbhofhöchstgrenze von 125 ha überschritten werde.

Gegen den ablehnenden Beschluß des AnerbG. hat die Eigentümerin sofortige Beschw. eingelegt. Ihrer Auffassung kann aber nicht beigetreten werden.

Die Erbhofhöchstgrenze in § 3 RErbhofG. kann sich nur auf das im Alleineigentum des Bauern stehende Grundeigentum beziehen. Das ergibt sich schon aus der Stellung der Best. im Gesetz und im Zusammenhang mit den vorausgegangenen Best. (insbes. § 1 des Gesetzes). Die Erbhofzugehörigkeit bloßer Anteile und Anteilsrechte ist erst in § 2 der 2. DurchfVO. zum Gesetze bestimmt. Der Zweck der Einfügung dieser Best. war der Schutz dieser seit jeher zum Hofe gehörigen Anteile, insbes. die Verhütung ihrer Veräußerung, nicht aber, diese Anteile irgendwie von Einfluß auf die zahlenmäßige Berechnung der Erbhofgrenzen werden zu lassen. Wollte man die Anteile auch der Größe nach irgendwie berücksichtigen, so käme man oft zu dem vom Gesetzgeber nicht gewollten Ergebnis, daß die im § 2 aufgeführten Anteile an quantitativ häufig sehr erheblichem, landwirtschaftlich aber wenig nutzbarem Grundbesitz (Wald- und Ödlandgenossenschaften, Teich- und Seeanteile, Grenzraine, Wasserläufe, Wege usw.) dahin führten, daß kleine und mittlere Bauern Grundbesitzer von über 125 ha würden und ihre rein bäuerlichen Wirtschaften außerhalb des Schutzes des Gesetzes blieben. Häufig geben die Anteile überhaupt keine unmittelbare landwirtschaftliche Nutzung (Interessentenwege, Ödland-Genossenschaften usw.). Der Grundbesitz ist bei den Realgemeinden auch vielfach zweckgebunden (Waldgenossenschaften, Deichanlagen usw.), so daß sich so nur eine beschränkte Nutzbarmachung des Grundbesitzes ergibt. Eine Umrechnung der einzelnen Anteile der Größe nach und ihre Anrechnung auf die Hofesgröße ist danach sowohl nach dem Gesetzeswortlaut wie auch nach dem Zweck der Einführung der Höchstgrenze (nämlich Ausscheidung der Großgrundbesitzer) nicht angängig. Nur der im Alleineigentum des Bauern befindliche Grundbesitz kommt bei Berechnung der Erbhofgröße in Betracht.

Demgemäß gehört zwar hier der Anteil an Art. 11 von S. als Anteil an einer offenbar schon lange bestehenden Realgemeinde gem. § 2 der 2. DurchfVO. zum Erbhof, eine Anrechnung auf die Größe des Hofes findet aber nicht statt.

(LErbhGer. Celle, Beschl. v. 20. März 1935, 3 (5) EH 2173/34.) [—n.]

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen. Der Anteil des Bauern an einer hannoverschen Realgemeinde gehört zum Erbhof (§ 96 BGB., § 7 RErbhofG., § 2 der 3. DurchfVO.). Zu unterscheiden ist die sogenannte Markgemeinde, an der die Reihebesitzer der Dorfschaft beteiligt sind (hierzu gehört meist der bei Gründung der Dorfschaft unverteilt gebliebene Grundbesitz, wie Forst, Heide,

Weide, Ödland, Moor usw.) und die Interessenten- oder Auseinandersetzungsgemeinde (Realgemeinde der Teilungs- und Verkoppelungsinteressenten), die hauptsächlich Zweckgrundstücke umfaßt (Wege, Triften, Sand-, Ton- und Mergelgruben usw.). Je nachdem, ob man das Schwergewicht auf die Beteiligung des einzelnen Bauern an der Realgemeinde oder auf sein Nutzungsrecht an dem Realgemeinde-Grundstück legt, ist der Anteil als Mitgliedschaftsrecht (herrschende Ansicht) oder als Nutzungsrecht an fremder Sache aufzufassen (vgl. über die Frage Linckelmann-Wiedemann, Das hannoversche Privatrecht, S. 35 ff.; Lange: JW. 1933, 2376; Spohr, Die hannoversche Realgemeinde; Linckelmann, HannHöfeG., zu § 6). Die Realgemeindegrundstücke weisen grundbuchlich als eingetragenen Eigentümer auf entweder beispielsweise „die Realgemeinde der acht Vollhöfner, vier Halbhöfner usw. von ...", oder „die Realgemeinde der Teilungs- und Verkoppelungsinteressenten von ...", bisweilen aber auch die einzelnen berechtigten Hofeseigentümer als Miteigentümer unter Angabe ihres ihnen zustehenden ideellen Bruchteils. Der Anteil des Bauern an der Realgemeinde ist bei der Mindestgröße des Erbhofs insofern zu berücksichtigen, als die aus ihm fließenden Nutzungen und Einnahmen einen Teil der Ackernahrung bilden. Dahingegen ist nach der zutreffenden Begr. des LErbhGer. Celle der Anteil bei Berechnung der Höchstgrenze eines Erbhofes gem. § 3 RErbhofG. im Interesse der Erhaltung des mittleren bäuerlichen Besitzes nicht mitzurechnen. Zweifel konnten allerdings für den Fall bestehen, wenn das im Eigentum mehrerer Personen stehende Grundstück geteilt wird unter die Berechtigten ohne Umschreibung im Grundbuch (Vermessungs- und Umschreibungskosten sollen gespart werden). Obwohl hier wirtschaftlich das nur noch juristisch bestehende Miteigentum in Alleineigentum verwandelt ist, wird man es dem Eigenbesitz erst zurechnen können, wenn auch grundbuchmäßig das Miteigentum in Alleineigentum übergegangen ist. Bei Berechnung der Erbhofgröße kann nur das grundbuchmäßig ausgewiesene Alleineigentum des Hofesbesitzers in Frage kommen.

RA. und Notar Dr. Brinkmann, Zeven i. H.

*

Nürnberg

45. 1. Die Ehrbarkeit eines Bauern, der wegen Brandstiftung bestraft ist, kann auch dann nicht bejaht werden, wenn ihm das Strafgericht mit Recht mildernde Umstände zuerkannt hat.

2. Die Brandstiftung gehört zu den schlimmsten Verbrechen und wird gerade von den Bauern als besonders gefährlich und verabscheuungswürdig angesehen.

Aus den Akten des LG. gegen D. Josef und D. Katharina wegen Brandstiftung u. a. wird festgestellt: Josef D. hat in der Nacht v. 14./15. Dez. 1931 in der zu seinem Anwesen gehörigen Scheune Brand gelegt. Dem Brand sind die Scheune und eine nahe dabeiliegende Schupfe mit eingebauten Schweineställen zum Opfer gefallen. Dem Vertreter der Feuerversicherungsgesellschaft gegenüber haben er und seine Frau wahrheitswidrig eine Reihe von Gegenständen im Gesamtwert von über 1000 RM als mitverbrannt oder als durch den Brand beschädigt bezeichnet. Die Versicherungsgesellschaft hat sich täuschen lassen und hat unter Anerkennung auch der Entschädigungspflicht für die überhaupt nicht verbrannten Sachen den Eheleuten D. eine Entschädigung von 3281,80 RM geleistet. Die Eheleute haben auch versucht, eine Entschädigung für nicht verbrannte Gegenstände zu erlangen, die aber unter eine Nachversicherung fielen; die Versicherungsgesellschaft hat eine Entschädigungspflicht verneint und ist insoweit nicht geschädigt worden. Die Eheleute haben weiter, um eine höhere Entschädigungssumme zu bekommen, der Versicherungsgesellschaft vorzuspiegeln versucht, daß sie die Prämie für die Nachversicherung vor dem Brand bezahlt haben; die Gesellschaft hat sich aber nicht täuschen lassen. Josef D. und seine Frau wurde demgemäß wegen Brandstiftung in Tateinheit mit Betrug und Betrugsversuch zu Gefängnisstrafen von drei Jahren bzw. sieben Monaten verurteilt.

Die Urteilsgründe besagen zu der Bemessung der gegen Josef D. festgesetzten Strafe: „Hinsichtlich der Verbrechen billigte das Gericht dem Angekl. mildernde Umstände zu, weil er kriegsbeschädigt und nicht erheblich vorbestraft ist, auch seelisch etwas krankhaft veranlagt erscheint. Diese Gründe wurden auch strafmildernd in sämtlichen Straffällen berücksichtigt. Andererseits hatte der Angekl. keine Veranlassung zur Begehung solcher Straftaten gehabt. Er bezieht eine monatliche Rente von 79 RM, die ihm mit den Einkünften aus seinem Anwesen bei entsprechendem wirtschaftlichen Verhalten ein ausreichendes Auskommen sicherte. Seine Handlungsweise muß daher als besonders frivol bezeichnet werden. Auch die Tatsache, daß die Brandstiftungen in erschreckender Weise zunehmen und das Volksvermögen schwer schädigen, muß in Betracht gezogen werden. Im Interesse der Allgemeinheit muß daher gegen Brandstifter mit empfindlichen Strafen vorgegangen werden."

Daß Josef D. in seiner Scheune den Brand gelegt hat, steht auch zur Überzeugung des AnerbG. fest. Sonst hätte er gewiß nicht bereits am fünften Tage nach der Fällung des Urteils auf das Rechtsmittel der Rev. verzichtet. Daß Josef und Katharina D. die Versicherungsgesellschaft betrogen und versucht haben, sie noch weiter zu betrügen, haben die Verurteilten selbst zugegeben. Wenn man alle Milderungsgründe für die Handlungen des Josef D. wie das LG. berücksichtigt, so bleibt doch bestehen, daß Brandstiftung zu den schlimmsten Verbrechen gehört, das auch gerade von Bauern als besonders gefährlich und verabscheuungswürdig angesehen wird. Wollte man einen Brandstifter, weil ihm für seine Straftat bei der Erlassung des Strafurteils mit Recht mildernde Umstände zugebilligt worden sind, für bauernfähig erklären, so müßte das auf den Ehrbegriff des Bauern verwüstend wirken.

(ErbhGer. b. OLG. Nürnberg, Beschl. v. 13. Febr. 1935, We 78/35.)

*

Stuttgart

46. § 14 Abs. 2 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG.; § 157 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 2 ZPO. Eine Beschw. gegen die Zurückweisung der Eingabe einer Person, die das Verhandeln vor Gericht, ohne RA. zu sein, geschäftsmäßig betreibt, ist in keinem Fall gegeben; dies gilt auch dann, wenn mit der Beschw. geltend gemacht werden soll, daß die in Frage stehenden Personen das Verhandeln vor Gericht nicht geschäftsmäßig betreiben. †)

H. und S., welche in St. u. a. ein Immobiliengeschäft betreiben und sich mit Hypothekenangelegenheiten und Finanzierungen befassen, haben unter dem 26. Nov. 1934 namens des Fabrikanten Georg Gr. in V. unter Vorlage einer „Prozeßvollmacht" bei dem AnerbG. beantragt, der Frau Marie K., Witwe in O., gegen welche dem Gr. eine hypothekarisch gesicherte Forderung zusteht, die „Bauernfähigkeit abzuerkennen". Durch Beschluß des Vorsitzenden des AnerbG. ist „der Antrag der Firma H. und S." unter Zuscheidung der Kosten an den Gläubiger Gr. zurückgewiesen worden, da die genannte Firma aus der Vertretung anderer gegenüber den Gerichten ein Geschäft mache, somit zu den nach § 14 Abs. 2 der 1. DurchfVO. von der Vertretung in Erbhofsachen ausgeschlossenen Personen gehöre. Gegen diesen am 26. Febr. 1935 „der Firma H. und S." zugestellten Beschluß haben H. und S. Beschw. erhoben und bestritten, daß sie das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben; sie vertreten Hypothekengläubiger lediglich zum Zweck des Einzugs ihrer Hypothekenforderungen und treten in keiner Weise geschäftsmäßig vor Gericht auf.

Es ist davon auszugehen, daß H. und S. namens des von ihnen vertretenen Gläubigers Gr. die Beschw. eingelegt haben, nicht etwa in eigenem Namen. Die Beschw. ist unzulässig. Gemäß § 14 Abs. 2 der 1. DurchfVO. sind Personen, welche — ohne RA. zu sein — das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, vor den Anerbenbehörden als Beistände oder Prozeßbevollmächtigte ausgeschlossen. § 14 Abs. 2 Satz 2 bestimmt: „Werden von diesen Personen schriftliche Eingaben eingereicht, so soll der Vorsitzende oder das Gericht sie zurückweisen ... Im übrigen finden die Vorschriften des § 157 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 ZPO. entsprechende Anwendung." Nach der zuletzt genannten Best. ist eine Anordnung des Gerichts unanfechtbar, durch welche Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen, welche nicht RA. sind, der weitere Vortrag untersagt wird, weil ihnen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrag mangelt. Das ErbhGer. Nürnberg hat in seiner in ErbhRspr. zu § 14 der 1. DurchfVO. veröffentlichten Entsch. (vgl. auch JW. 1935, 582) eine Beschw. gegen eine Zurückweisung gem. § 14 Abs. 2 der 1. DurchfVO. als unzulässig verworfen; es sei davon auszugehen, daß die in § 157 Abs. 2 S. 2 ZPO. ausgesprochene Unanfechtbarkeit von bestimmten Anordnungen des Gerichts nach § 14 Abs. 2 a. E. der 1. DurchfVO. vollinhaltlich ganz allgemein auf die dort behandelten Fälle, also auch auf die Zurückweisung von Eingaben der geschäftsmäßig das Verhandeln vor Gericht betreibenden Personen Anwendung zu finden habe. Dieser Stellungnahme wird beigetreten. Danach ist also eine Beschw. gegen eine Zurückweisung gem. § 14 Abs. 2 der 1. DurchfVO. in keinem Fall gegeben, und zwar nach Ansicht des ErbhGer. auch dann nicht, wenn geltend gemacht wird, daß die in Frage stehenden Personen das Verhandeln vor Gericht gar nicht geschäftsmäßig betreiben. Es bedarf daher keiner Untersuchung, ob diese Voraussetzung hier vorliegt oder nicht.

(ErbhGer. b. OLG. Stuttgart, Beschl. v. 20. März 1935, We 143/35.)

[S.]

Anmerkung: Die Entsch. des ErbhGer. Stuttgart ist zutreffend. Sie klärt zwei mit § 14 Abs. 2 der 1. DurchfVO. zusammenhängende Fragen.

1. Die erste Frage ist, ob die Entsch., durch die das Gericht oder der Vorsitzende eine Eingabe von Personen, die das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben (Winkeladvokaten, Prozeßagenten), zurückweist, mit der Beschw. anfechtbar ist. Das ErbhGer. hat diese Frage verneint. Die Unanfechtbarkeit der Entsch. ist im § 14 Abs. 2 selbst nicht ausgesprochen; sie kann nur aus dem in Bezug genommenen § 157 Abs. 2 ZPO. hergeleitet werden. Nun behandelt § 157 ZPO. (in der neuen Fassung) aber nur die Untersagung des mündlichen Vortrags von Parteien und ihrer Vertreter und erklärt Anordnungen des Gerichts, durch die eine solche Untersagung ausgesprochen wird, für unanfechtbar. Dagegen ist im § 157 ZPO. von Zurückweisung von Eingaben keine Rede. Es konnte deshalb zweifelhaft sein, ob die im § 157 ZPO. nur für die Untersagung des mündlichen Vortrages ausgesprochene Unanfechtbarkeit sich auch auf die Zurückweisung von Eingaben erstreckte. Das ErbhGer. hat das im Anschluß an das ErbhGer. Nürnberg (JW. 1934, 1734 = ErbhRspr. § 14 Nr. 1 mit Anm. von Siehr) und in Übereinstimmung mit dem Schrifttum (vgl. Wagemann-Hopp, 3. Aufl., S. 303) angenommen. Mit Recht. Denn § 157 ZPO. ist nicht wörtlich, sondern „entsprechend" anzuwenden. Die entsprechende Anwendung muß aber dazu führen, alle im § 14 Abs. 2 aufgeführten gerichtlichen Entsch. für unanfechtbar zu erklären.

2. Die zweite vom ErbhGer. entschiedene Frage ist die, ob die Zurückweisung der Eingabe auch dann unanfechtbar ist, wenn mit der Beschw. geltend gemacht wird, daß die in Frage stehende Person das Verhandeln vor Gericht gar nicht geschäftsmäßig betreibe. Das ErbhGer. hat mit Recht auch für diesen Fall die Unanfechtbarkeit angenommen, wenn es auch keine Gründe dafür angeführt hat.

Diese Frage ist schon früher auf Grund einer ähnlichen Rechtslage zur Entsch. der höheren Gerichte verstellt worden. Nach § 157 Abs. 1 der alten Fassung waren Personen, die das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betrieben, nicht kraft Gesetzes ausgeschlossen, sondern konnten vom Gericht zurückgewiesen werden. Auch diese Entsch. war unanfechtbar. Das OLG. Hamburg hat in OLG. 29, 69 im Gegensatz zum KG. (OLG. 25, 85) angenommen, daß diese Unanfechtbarkeit auch dann bestehe, wenn geltend gemacht werde, die in Frage kommende Person betreibe das Verhandeln gar nicht geschäftsmäßig. Es führt dazu folgendes aus: „Der § 157 Abs. 3, der eine Anfechtung der gemäß Abs. 1 getroffenen Anordnung nicht gestattet, unterscheidet nicht, ob der Beschluß mit der Begr. angefochten wird, daß der Zurückgewiesene das Verhandeln nicht geschäftsmäßig betreibe, oder mit der Begr., daß das Gericht aus anderen, besonders Zweckmäßigkeitsgründen, eine Person, die unstreitig das Verhandeln geschäftsmäßig betreibt, nicht zugelassen habe. Hätte in dem ersten Falle die Beschw. gegeben sein sollen, so hätte das um so mehr zum Ausdruck gebracht werden müssen, als die höheren Gerichte in der Regel nicht in der Lage sein werden, ohne weiteres nachzuprüfen, ob die Annahme des AG., daß der Zurückgewiesene das Verhandeln geschäftsmäßig betreibe, richtig ist. Sie müßten deshalb, ehe sie entscheiden könnten, regelmäßig weitläufige Beweiserhebungen vornehmen. Das kann aber nicht die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein, da damit unabsehbaren Prozeßverschleppungen Raum gegeben sein würde."

Diese Gründe lassen sich auf den hier fraglichen Fall, in dem es sich um die Zurückweisung von Eingaben handelt, übertragen. Man kann die Gründe für das Erbhofrecht sogar noch verstärken. Denn während es nach § 157 ZPO. (in der alten Fassung) im Ermessen des Gerichts stand, ob es geschäftsmäßige Vertreter zurückweisen wollte („kann" ... zurückweisen), haben die Anerbenbehörden nach § 14 Abs. 2 der 1. DurchfVO. die Pflicht, die von diesen Personen eingereichten schriftlichen Eingaben zurückzuweisen („soll" ... zurückweisen). Daß diese Pflicht nur in einer „Soll"-Vorschrift enthalten ist, ändert nichts an der unbedingten Verpflichtung des Gerichts, die Zurückweisung auszusprechen. Der BeschwF. hat daher rechtlich gar nicht die Möglichkeit, seine Beschw. damit zu begründen, daß das Gericht bei der Zurückweisung der Eingabe von seinem Ermessen unrichtigen Gebrauch gemacht habe, da eine Zulassung der Eingabe überhaupt nicht in Frage kommt. Er kann seine Beschw. vielmehr nur damit begründen, daß die Voraussetzungen für eine Zurückweisung, nämlich ein geschäftsmäßiges Betreiben, nicht gegeben seien. Wenn man also überhaupt annimmt, daß die Entsch. über die Zurückweisung von Eingaben unanfechtbar sind, so muß sich diese Unanfechtbarkeit gerade auf den Fall, daß das AnerbG. angeblich zu Unrecht ein „geschäftsmäßiges Betreiben" angenommen hat, erstrecken.

OLGR. und ErbhGR. Dr. Wöhrmann, Celle.

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Berlin

47. § 6 LitUrhG. Zur urheberrechtlichen Stellung des künstlerischen Oberleiters beim Film. †)

Die Bekl. hat Anfang 1933 von den Schriftstellern O. und St. die Urheberrechte an einem fertigen Drehbuch unter dem damaligen Titel „X." erworben und danach einen Tonfilm „Y." hergestellt.

Der Kl. hat unter der Behauptung, er sei an der Ausarbeitung des Manuskripts beteiligt gewesen und habe die Bekl. vor Drehbeginn wiederholt vergeblich auf sein Miturheberrecht hingewiesen, eine Entschädigung in Höhe von 4000 *RM*, nämlich denjenigen Betrag verlangt, den ihm die ursprüngliche Bestellerin, die inzwischen in Konkurs gegangene P.-Film GmbH. für seine Mitarbeit an dem Manuskript angeblich in Aussicht gestellt hatte.

Die Bekl. bestreitet den Anspruch nach Grund und Höhe und ist der Ansicht, daß der Kl. keine Urheberrechte an dem Filmmanuskript erworben habe, denn er habe lediglich als künftiger Regisseur, wie dies zur Vorbereitung der eigentlichen Regietätigkeit üblich sei, Anregungen für die Ausgestaltung des Drehbuchs gegeben, sei aber an der Formgebung des Werkes nicht beteiligt gewesen. —

Der Kl. beansprucht ein Miturheberrecht an dem von der Bekl. zur Herstellung ihres Tonfilms benutzten Manuskript „X.". Im Gegensatz zum LG. ist der Senat der Ansicht, daß er als Mitverfasser nicht angesehen werden kann, weil es für die Tätigkeit, die er bei der Abfassung des — schutzfähigen — Schriftwerks entwickelt hat, an den Voraussetzungen der im § 6 LitUrhG. geregelten Miturheberschaft fehlt. Eine solche und als ihre Rechtsfolge eine Gemeinschaft nach Bruchteilen an dem fertigen Werk würde nur dann bestehen, wenn der Kl. das Filmmanuskript gemeinsam mit den als Autoren genannten Schriftstellern O. und St. verfaßt hätte. Die gemeinsame Verfassertätigkeit wäre in der Weise möglich gewesen, daß die Beteiligten in gegenseitigem Einverständnis an der Abfassung des Werkes als einer gemeinsamen Aufgabe gleichberechtigt zusammenarbeiteten, wie dies unstreitig im Verhältnis zwischen den angegebenen beiden Autoren der Fall gewesen ist. Die Mitwirkung des Kl. war aber eine andere als eine schriftstellerische; sie lag ihrer ganzen Art wie ihrem Zwecke nach nicht auf dem Gebiete des Schrifttums, sondern diente zur Erfüllung einer davon verschiedenen, ihm allein übertragenen Leistung, die sich aus seinem Dienstvertrage mit der P.-Film GmbH. ergab.

Nach den Zeugenaussagen war dem Kl. die künstlerische Oberleitung für die Herstellung des Films anvertraut worden. Die Tätigkeit, die er in dieser Stellung zu entfalten hatte, setzte schon bei der Abfassung des Filmmanuskripts ein. Was dabei zu seinem Aufgabenkreis gehörte, umschreibt der Zeuge K. zutreffend dahin, daß er ihn und die anderen Mitverfasser vermöge seiner Erfahrungen auf dem Gebiete des Tonfilms bei dem Entwurf des Manuskripts zu unterstützen, sie durch seine Ideen zu leiten und alle Einzelheiten mit ihnen zu beraten, überhaupt anregend und kritisierend auf sie einzuwirken hatte. Auch der Zeuge St. bestätigt, daß der Kl. die gesamte künstlerische Oberleitung für das Manuskript und die Regie gehabt habe. In dieser Eigenschaft, also nicht als gleichberechtigter Verf. des Schriftwerks, hat er an den Besprechungen der Autoren teilgenommen, sich ihre Einfälle und Pläne angehört, sie gebilligt oder verworfen und seine eigenen Gedanken über den Gang der Filmhandlung, über die Anlage einzelner Szenen und die Ausgestaltung der Hauptrollen geäußert, auch seine Abänderungswünsche gegenüber dem ursprünglichen Entwurf durchgesetzt. Es mag ferner sein, daß er seinen Anregungen bisweilen eine gewisse Form gegeben hat, bei der vorläufigen Niederschrift zugegen gewesen ist und durch Vorschläge hin und wieder sogar auf die Fassung des Dialogs Einfluß genommen hat. Alles das lag aber im Rahmen seiner Tätigkeit als künstlerischer Oberleiter, der für die Gestaltung des Tonfilms bis zu seiner endgültigen Fertigstellung in vollem Umfange und auf allen in Betracht kommenden Gebieten die Verantwortung trug. Durch seine kritisch beratende Beteiligung sollte schon bei der Herstellung des Manuskripts den künstlerischen Gesetzen des Tonfilms Rechnung getragen und nach Möglichkeit den häufig weitreichenden Abänderungen vorgebeugt werden, die sich sonst erst bei der Zurichtung des Drehbuchs und bei der bildtechnischen Aufnahme des Films als nötig erwiesen hätten. In weiterem Sinne mag er deshalb wie der Filmregisseur (vgl. RG. 107, 65 = JW. 1924, 1719) als „Mitarbeiter" der Filmverfasser angesehen werden. Urheberrechtlich genügt aber im vorl. Falle das nicht, was der Kl. bei seiner in der Hauptsache kritischen Beteiligung positiv an verwertbaren und von den Verf. verwerteten Gedanken erweislich beigesteuert hat, um ihn als Mitverfasser der im fertigen Filmmanuskript dar-

gestellten geistigen Schöpfungen erscheinen zu lassen. Denn im Gebiet des literarischen Urheberrechts ist das ausschlaggebende Merkmal auch bei der Beteiligung mehrerer die selbständig schaffende oder mitschaffende Tätigkeit bei der Herstellung des Schriftwerks als eines solchen. Hier blieb aber die schriftstellerische Formgebung und die literarisch-filmische Ausgestaltung auch bei den vom Kl. gegebenen Anregungen den Verf. überlassen, die ihm ihre Niederschrift sodann bei der nächsten Besprechung zur Nachprüfung vom Standpunkt der künstlerischen Oberleitung aus vorlegten.

Ein Miturheberrecht i. S. des § 6 LitUrhG. ist ihm deshalb zu versagen. Damit entfällt der auf die Verletzung eines solchen gestützte Entschädigungs- oder Bereicherungsanspruch.

(KG., Urt. v. 9. Mai 1935, 27 U 6556/34.)

Ber. von RA. Dr. Hoffmann-Burges, Berlin.

Anmerkung: Dem Urteil ist zuzustimmen.

Beifallswürdig wird grundsätzlich das Bestehen eines Miturheberrechts von der Beteiligung an der schaffenden Tätigkeit, d. h. an der Formgebung abhängig gemacht. Beschränkt sich also diese Beteiligung auf Anregungen zum Schaffen oder auf eine Kritik des bereits Geschaffenen, so fehlt es an dieser formgebenden Tätigkeit. Der Anreger, Kritiker, ist vielleicht Helfer beim Schaffen, aber nicht Mitschaffender (ähnlich der Rechtsstellung des Verlegers als Anregers vgl. RG.: MuW. 27/28, 144 und RGZ. 140, 103 = JW. 1933, 1307).

Zu beachten ist dabei aber, daß das KG. lediglich die Frage nach der Miturheberschaft am Filmmanuskript zu entscheiden hatte, so daß hieraus nichts darüber entnommen werden kann, ob etwa dem Filmregisseur, der hinsichtlich des Filmmanuskriptes als Anreger und Kritiker aufgetreten war, ein Miturheberrecht am Filmkunstwerk zusteht (was grundsätzlich zu verneinen ist).

RA. Dr. Willy Hoffmann, Leipzig.

*

Darmstadt

48. § 114 ZPO. Ein Ausländer ist nicht deshalb als „arm“ anzusehen, weil ihm die Überweisung der Prozeßkosten vom Ausland nach dem Deutschen Reich devisenrechtliche Schwierigkeiten wegen der ausländischen Gesetzgebung bereitet.

Nachdem dem BerKl., einem Tschechoslowaken, der dort seinen Wohnsitz hat, die nachgesuchte Verlängerung der Prozeßkostenvorschußfrist (§ 519 Abs. 6 ZPO.) abgelehnt worden war, stellte er Antrag auf Bewilligung des Armenrechts. Er führte aus, er besitze in Deutschland kein Vermögen. Nach den gerichtsbekannten Devisenbestimmungen in der Tschechoslowakei sei es ihm deshalb unmöglich, den Kostenvorschuß rechtzeitig zu zahlen. Er wäre deshalb durch höhere Gewalt in Deutschland rechtlos gestellt. Der Antrag wurde abgelehnt aus folgenden Gründen: Der Kl. hat seine Armut i. S. des § 114 ZPO. nicht nachgewiesen. Er will auch eine solche in diesem Sinne offenbar gar nicht behaupten. Die angebliche Unmöglichkeit, trotz genügender Barmittel solche nicht über die Grenze nach Deutschland in der einen oder anderen Form (in bar oder Devisen) auszuführen, ist den im Gegensatz genau normierten Voraussetzungen der Armenrechtsbewilligung (Unfähigkeit, ohne Beeinträchtigung für den für ihn und seine Familie notwendigen Unterhaltes die Kosten zu bestreiten) nicht gleichzuachten.

(OLG. Darmstadt, 3. ZivSen., Beschl. v. 9. Jan. 1935, 2 U 120/34.)

*

Naumburg

49. §§ 91, 515 ZPO. Zur Frage der Erstattungsfähigkeit der Verhandlungsgebühr, wenn der BerBekl. nach Rücknahme der Berufung Verlustigkeitsurteil nimmt, obwohl das durch Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen worden war. †)

Der Bekl. war durch Urteil des LG. zur Zahlung von 3200 *RM* verurteilt worden. Die hiergegen eingelegte Ber. hat er durch Schriftsatz v. 12. Nov. 1934 formgerecht zurückgenommen. Im Termin v. 13. Nov. 1934 hat RA. A. gegen den nicht vertretenen Bekl. im Wege des Versäumnisverfahrens Verlustigkeitsurteil gem. § 515 ZPO. erwirkt. Im Kostenfestsetzungsbeschluß des UrkB. ist die dadurch entstandene Verhandlungsgebühr (§§ 9, 13 Ziff. 2, 16, 52 RAGebO.) als erstattungsfähig anerkannt worden. Die vom Bekl. hiergegen eingelegte Erinnerung machte geltend, daß die Erwirkung des Verlustigkeitsurteils zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig gewesen wäre, nachdem der Bekl. den Klageanspruch in voller Höhe anerkannt gehabt und in Höhe von Hauptsumme, Zinsen und Kosten in die Auszahlung einer Hinterlegungssumme gewilligt gehabt habe. Das LG. hat die Erinnerung zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß richtet sich die zur Entsch. stehende sofortige Beschw., die geltend macht, den ganzen Umständen nach seien die Verhandlungen der Parteien vor der Berufungsrücknahme dahin zu verstehen gewesen, daß der Kl. habe verpflichtet sein sollen, von der Erwirkung eines Verlustigkeitsurteils Abstand zu nehmen.

Die Beschw. ist aus folgenden Erwägungen zurückgewiesen worden:

Zwar muß die Verhandlungsgebühr dem Kl. nicht schon deshalb erstattet werden, weil § 515 Abs. 3 ZPO. ausspricht, der sein Rechtsmittel zurücknehmende BerKl. trage die Kosten der Ber. und dies sei auf Antrag des BerBekl. durch Urteil festzustellen. Dieser Ansicht ist das LG. Die Prüfung nach § 91 Abs. 2 ZPO. hat vielmehr auch im Falle eines Urteils nach § 515 Abs. 3 ZPO. stattzufinden.

Jedoch ist das Vorbringen des Bekl., vor dem Termin vom 13. Nov. 1934 habe er sich mit dem Kl. geeinigt, daß dieser kein Urteil nach § 515 Abs. 3 ZPO. erwirken solle, für das Kostenfestsetzungsverfahren unerheblich. Eine solche Vereinbarung würde die Erwirkung des Urteils nach § 515 Abs. 3 ZPO. durch den Kl. unzulässig gemacht haben. Der Bekl. hätte sich daher mit dem in Frage kommenden Rechtsmittel des Einspruchs gegen das trotz der behaupteten Vereinbarung erwirkte Urteil wenden müssen.

Das Urteil war auch nicht überflüssig, wie der Bekl. meint. Es gewährt dem Kl. einen vollstreckbaren Titel über die Kosten der Ber. Mögen diese selbst vor Erlaß des Urteils gezahlt sein, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß die Zahlung einmal aus Gründen angefochten wird, die einem vollstreckbaren Titel gegenüber versagen (RG.: JW. 1893, 19). Das Interesse, das sich aus dieser Rechtslage für den Kl. ergibt, reicht aus, um die Erwirkung des Urteils als zweckentsprechende Rechtsverfolgung erscheinen zu lassen.

(OLG. Naumburg (Saale), 1. ZivSen., Beschl. v. 27. Febr. 1935, 1 W 71/35.)

Ber. von OLGR. Reitzenstein, Naumburg (Saale).

Anmerkung: Das Ergebnis des Beschlusses ist zutreffend. Seine Begr. gibt zu folgender Bemerkung Anlaß:

Ein Urteil stellt die Kostenpflicht des Unterlegenen dem Grunde nach fest. Das Verfahren zur Kostenfestsetzung ist also ein dem Urteil angehängtes Nachverfahren und daher lediglich ein Verfahren mit begrenzter Prüfung, nämlich um die Höhe der bereits in und durch das Verfahren bis zum Urteil bestimmbar gewordenen Kosten zu bestimmen.

Infolge des Charakters unserer gerichtlichen und anwaltlichen Gebühren (Pauschgebühren mit tarifierten Wertklassen für schematisierte Tätigkeitsgruppen) ist im Kostenfestsetzungsverfahren der Gebührenbetrag nach Wertklasse wie nach Entstandensein der einzelnen Gebühr zu prüfen. Doch kann die Prüfung in letzterer Hinsicht nicht dazu führen, den Verfahrensablauf bis zum Urteil irgendwie zu korrigieren. Denn auch der Verfahrensablauf wird durch das Urteil mit ergriffen und mit gedeckt, damit auch das bereits eingetretene Entstandensein der einzelnen Gebühr eben durch die Feststellung der Kostenerstattungspflicht des Unterlegenen dem Grunde nach im Urteil. Dies legt gegenüber dem umfassenderen Begriff der Kosten und deren Einschränkungsmöglichkeit aus dem Gesichtspunkt der Nicht-Notwendigkeit im Kostenfestsetzungsverfahren (§ 91 Abs. 1 ZPO.) § 91 Abs. 2 ZPO. eingangs hinsichtlich der Anwaltsgebühren (und -auslagen) der obsiegenden Partei ausdrücklich fest. Die Festsetzung der Gebühr für das vereinbarungswidrig erwirkte Verlustigkeitsurteil wird also durch § 91 Abs. 2 ZPO. getragen.

Richtig ist, daß der Umstand, die Erwirkung des Versäumnisurteils sei vereinbarungswidrig gewesen, nur durch Einspruch gegen das Urteil geltend gemacht werden kann. Die Möglichkeit, die Vereinbarung, die zu den materiellrechtlichen Verträgen mit prozeßrechtlicher Wirkung gehört, gegenüber der Vollstreckung der für die abredewidrige Erwirkung des Versäumnisurteils festgesetzten Gebühr durch Vollstreckungsgegenklage zur Wirkung zu bringen, ist streitig (vgl. einerseits Stein-Jonas, ZPO., § 767 II 3, andererseits Baumbach, § 767 Anm. 5 b).

Die Schlußerwägung im obigen Beschluß geht m. E. fehl. Denn wenn zwischen den Parteien eine Vereinbarung zustande gekommen ist, die den BerBekl. zur Unterlassung der Erwirkung eines Urteils nach § 515 ZPO. verpflichtete, so hatte er sich damit auch des vom Beschluß herangezogenen, entfernter liegenden Interesses an der Erwirkung eines Urteils begeben.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

Oberlandesgerichte: Strafsachen

Berlin

50. § 292 StGB.; § 77 Abs. 1 Ziff. d PrJagdG. v. 18. Jan. 1934. Zum Begriffe des Jagens. § 77 Abs. 1 Ziff. d auf den unberechtigt Jagenden unanwendbar. Wirksamkeit der Jagderlaubnis.

Unter Jagen oder Jagdausübung ist zwar schon das Aufsuchen des Wildes, hier der Raubvögel, zu verstehen. Diese Tätigkeit muß jedoch zum Zwecke des Erlegens oder Fangens des Wildes ausgeübt sein (RGSt. 13, 85). Es genügt also nicht die Absicht, „das Raubzeug zu verscheuchen". Das AG. wird zu prüfen haben, ob der Angekl. nicht deshalb aus § 292 StGB. zu bestrafen sei, weil er eine wirksame Erlaubnis zur Jagd auf Raubvögel nicht hatte. Erstens hatte er nur um die Erlaubnis nachgesucht, Raubzeug zu verscheuchen, und ein Abschuß ist darunter nicht ohne weiteres zu verstehen. Zweitens hatte er jene Erlaubnis nur von einem der beiden Jagdpächter erhalten, und die Erlaubnis nur eines Pächters ist unwirksam. Irrte der Angekl. über seine Jagdberechtigung, so kann es ein Tatsachenirrtum nur dann sein, wenn er annahm, es sei nur ein Pächter vorhanden. Wußte er aber, daß zwei Jagdpächter da waren, und glaubte er, des einen Erlaubnis genüge, so handelte er in unbeachtlichem Strafrechtsirrtum. Sollte das AG. feststellen, daß der jagende Angekl. zwar zur Jagd nicht berechtigt war, sich dazu aber infolge Tatsachenirrtums für berechtigt gehalten hat, so kann er wegen Nichtbeisichführens des Erlaubnisscheines aus § 77 Abs. 1 Ziff. d PrJagdG. nicht bestraft werden, weil diese Vorschrift nur auf den tatsächlich zur Jagd Berechtigten anwendbar ist (zu vgl. KG.: JFG. Erg. 8, 305 [für das Fischereirecht] und JW. 1930, 1231 [5] [für § 75 PrJagdO. v. 15. Juli 1907]).

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 19. März 1935, 1 Ss 57/35.)

Ber. von KGR. Körner, Berlin.

*

51. §§ 1, 2, 7, 9, 11 RabattG. v. 25. Nov. 1933. Ein Vorzugsangebot, durch welches den Inhabern eines Gutscheins für eine begrenzte Zeit 2 Dosen für 20 Pfg., welche sonst 40 Pfg. kosten, geboten werden, verstößt gegen das RabattG.

Der Angekl. ist Werbeleiter bei der Firma ... in Berlin. Diese Firma stellt ein Reinigungsmittel her, das in Tausenden von Haushaltungen Deutschlands zum Küchengebrauch verwendet wird, und bringt es über Großhändler und Kleinhändler in die Hand der Verbraucher. Um den Markt für dieses Mittel zu erweitern, begann der Angekl. i. J. 1932 mit einer auf mehrere Jahre hinaus geplanten Werbeaktion. Es sollte im Laufe der Zeit allen praktisch erfaßbaren Haushaltungen Deutschlands Gelegenheit geboten werden, das betr. Putzmittel einmalig besonders billig zu erwerben.

Um besonders hervorzukehren, daß es sich nicht um einen Preisnachlaß, sondern vielmehr um eine neue Preisgestaltung handele, wurde in dem Rundschreiben an die Kleinhändler und die Großhändler zum Ausdruck gebracht, daß man den Haushaltungen eine „vorübergehende Preisherabsetzung" biete.

Im April wurde mit der Aktion des Jahres 1934 begonnen. Sie spielte sich im einzelnen folgendermaßen ab:

In verschiedenen Städten, vor allem Süd- und Westdeutschlands, besuchten rund 250 für diesen Zweck angestellte Werbedamen systematisch die einzelnen Haushaltungen. Sie übergaben oder hinterließen eine Reklameschrift und einen Zettel, der auf der Vorderseite den Aufdruck enthielt: „Vorzugsangebot." „Gegen Abgabe dieses Vorzugsangebotes erhalten Sie bei Ihrem Kaufmann während der Geltungsdauer des Vorzugsangebots zwei normale Dosen für 20 Pf., die sonst 40 Pf. kosten." Ferner war eine kurze Geltungsdauer angegeben. Auf der Rückseite stand folgendes:

„Bemerkung für unseren Geschäftsfreund:

Geben Sie bitte die vom Publikum eingenommenen Vorzugsangebote zur Verrechnung an Ihren Lieferanten oder an den Sie besuchenden Vertreter. Verrechnung erfolgt auf Grund des Ihnen von unserem Vertreter ausgehändigten Zirkulars."

Gleichzeitig ließ der Angekl. ein Rundschreiben an die Großabnehmer herausgehen.

Ferner ließ er den in Betracht kommenden Kleinhändlern einen Prospekt zugehen.

In zahlreichen Fällen wurden die Vorzugsangebote von den Kleinhändlern, denen sie vorgelegt wurden, eingelöst und dann zur Verrechnung an die Großhändler und von diesen an die Gesellschaft weitergegeben.

Der Angekl. hat vorsätzlich den Best. des RabattG. v. 25. Nov. 1933 zuwidergehandelt und war daher gem. § 11 dieses Gesetzes zu bestrafen. § 1 dieses Gesetzes bestimmt:

„Werden im geschäftlichen Verkehr Waren des täglichen Bedarfs im Einzelverkauf an den letzten Verbraucher veräußert ..., so dürfen zum Zwecke des Wettbewerbs Preisnachlässe (Rabatte) nur nach Maßgabe der nachfolgenden Vorschriften angekündigt oder gewährt werden."

Die „nachfolgenden Vorschriften" sind in den §§ 2—9 des Ges. enthalten. In § 1 Abs. 2 wird ferner bestimmt, was als Preisnachlässe i. S. dieses Gesetzes zu gelten hat, nämlich

1. Nachlässe von den Preisen, die der Unternehmer ankündigt oder allgemein fordert, und

2. Sonderpreise, die wegen der Zugehörigkeit zu bestimmten Verbraucherkreisen, Berufen, Vereinen oder Gesellschaften eingeräumt werden.

Wie sich aus den §§ 2—9 ergibt, sind Preisnachlässe i. S. des Gesetzes, also im weiteren Sinne, nur in drei Formen zulässig:

1. als Barzahlungsnachlässe;
2. als Mengennachlässe und
3. als Sondernachlässe oder Sonderpreise an bestimmte Personen unter drei bestimmten, hier nicht gegebenen Voraussetzungen.

Unter Anwendung des Gesetzes auf den Sachverhalt ist festzustellen, daß ... als weitverbreitetes Reinigungsmittel eine Ware des täglichen Bedarfs ist, daß die Aktion sich auf den geschäftlichen Verkehr zwischen Kaufleuten und Kunden bezieht und die Veräußerung dieser Ware im Einzelverkauf an den letzten Verbraucher, nämlich die Hausfrauen, betrifft, und daß es sich um eine Aktion zur Werbung von Kunden, also zu Zwecken des Wettbewerbs, handelt. Im Verfolg dieser Aktion ließ der Angekl. durch Vorzugsangebote Vergünstigungen anbieten und durch die in Betracht kommenden Kleinhändler als seine Werkzeuge auch gewähren. Er handelte hierdurch in planmäßiger Verwirklichung eines einheitlichen auf dasselbe Ziel gerichteten Willens, also fortgesetzt. Für Wettbewerbsmaßnahmen dieser Art waren die Schranken des RabattG. zu beachten.

Eine der drei Ausnahmen von dem Verbot des Preisnachlasses i. S. des Gesetzes, also in weiterem Sinne, ist, wie der erste Blick schon zeigt, nicht gegeben. Es bleibt daher zu erwägen, ob es sich überhaupt um einen Preisnachlaß i. S. des § 1 Abs. 2 handelt. Nach dieser Richtung wird von der Verteidigung ausgeführt, daß als Preisnachlässe solche Nachlässe nicht zu gelten hätten, die der Unternehmer ankündige, wie es hier durch Rundschreiben, Plakate usw. geschehen sei. Diese Ansicht geht fehl. Es kommt nicht darauf an, ob der Preisnachlaß angekündigt wird oder nicht und statt dessen unmittelbar gewährt wird. Das folgt aus § 1 Abs. 1, wo es heißt, daß das Ankündigen von Preisnachlässen nur unter ganz besonderen, hier nicht zutreffenden Voraussetzungen erlaubt ist.

Ferner wird ausgeführt, nach § 1 Abs. 2 sollten nicht alle „Sonderpreise" als „Preisnachlässe" gelten, sondern nur diejenigen, die wegen der Zugehörigkeit zu bestimmten Verbraucherkreisen, Berufen, Vereinen oder Gesellschaften eingeräumt würden. Die Werbeaktion habe indes alle möglichen Verbraucherschichten erfaßt und solle sich im Laufe der Zeit auf ganz Deutschland erstrecken. Die Sonderpreise seien daher nicht bestimmten Verbraucherkreisen eingeräumt worden. Auch diese Auffassung geht fehl. Wie die als Schöpfer des Gesetzes und mithin als besondere Sachkenner maßgebenden Kommentatoren Michel und Weber in ihrem Erläuterungsbuch zum RabattG. zu § 1 Anm. X zutreffend ausführen, ist der Begriff „bestimmte Verbraucherkreise" im weitesten Sinne zu verstehen. Er umfaßt jeden durch irgendein gemeinsames Merkmal gekennzeichneten Personenkreis, auch wenn eine innere Verbundenheit vollkommen fehlt. Hierher gehört nach Michel und Weber zum Beispiel die Zusammenfassung von Personen, die sich aus der sozialen Gliederung, aus der räumlichen Gliederung oder der Gliederung nach anderen Merkmalen ergibt. Einen Verbraucherkreis in diesem Sinn bilden auch die Inhaber eines Gutscheines. Das Gericht schließt sich in vollem Umfange der von Michel und Weber vertretenen Auffassung an. Schon durch die Verteilung des „Vorzugsangebots", die unmöglich alle Haushaltungen gleichmäßig erfassen kann, tritt nun eine unterschiedliche Behandlung der Bewohner einer oder mehrerer von dem Angekl. bearbeiteten Städte ein. Die Schwierigkeit einer gleichmäßigen Verteilung wächst und wird zur Unmöglichkeit, soweit es sich um die Landbevölkerung handelt. Hinzu kommt noch, daß der Werbeplan sich auf mehrere Jahre erstreckt, und daß zu bestimmten Zeiten nur immer bestimmte und vereinzelte Gegenden Deutschlands erfaßt worden sind. Eine solche Werbeaktion ist aber genau so unzulässig, als wenn ein Unternehmer im Rahmen eines Mehrjahresplanes nacheinander verschiedenen Berufsständen Sonderpreise gewährt mit dem Ziel, daß nach einer Reihe von Jahren sämtliche Berufsstände an der Vergünstigung teilgenommen haben sollen. Ganz unabhängig von diesen Erwägungen ist es aber schon unzulässig, eine Differenzierung eintreten zu lassen zwischen denen, die im Besitz, und denen, die nicht, noch nicht oder nicht mehr im Besitze eines Gutscheines oder Vorzugsangebotes sind.

Schließlich wird von der Verteidigung geltend gemacht, es handele sich um einen sog. unechten Sonderpreis, der keinen Preisnach-

laß i. S. des RabattG. darstelle. Es ist richtig, daß manche Preisvergünstigungen, die aus bestimmten Anlässen, wie zum Beispiel: Inventurverkäufen, Weißen Wochen, Geschäftseröffnungen, Geschäftsausverkäufen usw. geboten werden, keine Preisnachlässe i. S. des RabattG. sind und als unechte Sonderpreise bezeichnet werden können. Diese Vergünstigungen haben aber das Gemeinsame, daß innerhalb der vorgesehenen Zeit allgemein jeder, der Kunde sein will, dieser Vergünstigung teilhaftig werden kann. Diese Merkmale liegen aber bei dem Werbesystem des Angekl. nicht vor, vielmehr laufen zwei Preise nebeneinander. Wer im Besitz des Vorzugsangebotes ist, erhält für 20 Pf. statt einer Dose zwei Dosen; wer sich nicht im Besitze eines solchen Vorzugsangebotes befindet, erhält für 20 Pf. nur eine Dose. Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, daß unter diesen Umständen nicht von einem unechten Sonderpreis, d. h. von einer unechten Preisbildung gesprochen werden kann, für die allerdings die Vorschriften des RabattG. nicht gelten würden.

Eine unbefangene Betrachtung des „Vorzugsangebotes" zeigt, daß sich der Angekl. zur Erreichung genau desselben wirtschaftlichen und rechtlichen Erfolges der früher weitverbreiteten Bezeichnung „Gutscheine" und des früher ebenso verbreiteten entsprechenden Textes „Bei Kauf einer Dose zum Preise von 20 Pf. erhalten Sie gegen Abgabe dieses Gutscheines eine zweite Dose gratis", hätte bedienen können. Das aber ist auch der Sinn des „Vorzugsangebots". Es ist nichts anderes als eine Umgehung des RabattG., das eine Zugabe gleicher Waren nur in der Form des Mengennachlasses kennt, der indes bei Veräußerung nur einer Sache niemals zulässig ist.

Der Angekl. hat den Werbeplan sorgfältig ausgearbeitet. Ihm waren daher sämtliche Tatbestandsmerkmale, die sein Verhalten zu einem gesetzwidrigen stempeln, bekannt. Allerdings kann dem Angekl. nicht die unbedingte Kenntnis nachgewiesen werden, daß seine Aktion gegen das RabattG. verstoße und daher gesetzwidrig sei. Er rechnete aber mit der Gesetzwidrigkeit und nahm sie in Kauf. Er handelte mit dem sog. bedingten Vorsatz.

Die Rev. wurde zurückgewiesen.

Nach der Begriffsbestimmung in § 1 Abs. 2 RabattG. gelten als Preisnachlässe i. S. dieses Gesetzes Nachlässe von den Preisen, die der Unternehmer ankündigt oder allgemein fordert oder Sonderpreise, die wegen der Zugehörigkeit zu bestimmten Verbraucherkreisen eingeräumt werden. Das erstinstanzliche Urt. hat das Vorliegen beider Merkmale für erwiesen angesehen.

Hinsichtlich der ersten Art wendet der BeschwF. ein, daß als Preisnachlässe i. S. des RabattG. solche Nachlässe nicht zu gelten hätten, die der Unternehmer ankündigte, wie es hier durch Rundschreiben und Reklamemitteilungen sowie durch Anschlagpropaganda geschehen sei.

Diese Auffassung der Rev. geht fehl. Mit Recht hat der Amtsrichter darauf hingewiesen, daß das Ankündigen von Preisnachlässen nur unter besonderen — hier nicht gegebenen — Voraussetzungen (Barzahlungs-, Mengen- und Sondernachlässen nach Maßgabe der §§ 2 bis 9 RabattG.) zulässig sei. Der Wortlaut des § 1 ergibt völlig klar und eindeutig, daß nur diese besonders zugelassenen Preisnachlässe angekündigt oder gewährt werden dürfen. Insbes. kann der Rev. nicht zugegeben werden, daß durch die Ankündigung des Preisnachlasses der erste Fall des § 1 Abs. 2 RabattG. (Nachlässe von den Preisen, die der Unternehmer ankündigt oder allgemein fordert) ausgeschlossen werde. Würde dies zugelassen werden, so würde eine Zuwiderhandlung nur noch in den seltenen Fällen strafrechtlich zu belangen sein, in denen der Unternehmer den Preisnachlaß ohne Ankündigung insgeheim gewährt. Das ist aber nicht der Sinn des RabattG., das erst nach dem Versagen der Best. gegen den unlauteren Wettbewerb und der gesetzlichen Zugabeverbote erlassen worden ist und die Gewährung von Preisnachlässen im Interesse einer gesunden und zweckmäßigen Wirtschaftsgebarung in möglichst weitem Umfange eindämmen und verhindern will.

Gerade im vorl. Fall wird „allgemein gefordert" ein anderer, nämlich ein doppelt so hoher Preis, und dieser Preis wird nicht nur allgemein gefordert, sondern auch auf den sog. Kontrollscheinen ausdrücklich „angekündigt"; denn es heißt auf ihnen: „Gegen Abgabe dieses Vorzugsangebotes erhalten Sie bei Ihrem Kaufmann während der Geltungsdauer des Vorzugsangebotes zwei Normaldosen für 20 Pf., die sonst 40 Pf. kosten." Keineswegs braucht aber die ausnahmsmäßige Abweichung nur angekündigt zu werden, um die Wirkung des RabattG. auszuschalten.

Entscheidend ist, daß ein Teil der Abnehmer anders behandelt wird als der übrige Teil der Kundschaft (auch die Erläuterungsbücher von Junkerstorff zu § 1, Michel-Weber S. 10, Pfundtner-Neubert Anm. 8 zu § 1).

Daß der billigere Preis allgemein, d. h. von allen Kunden gefordert oder für alle Kunden angekündigt worden ist, trifft hier jedoch nicht zu; denn die Gewährung des Preisnachlasses war jeweils nur in einem Falle für den Inhaber eines der verteilten Gutscheine, die überdies noch nach und nach gesondert örtlich verteilt wurden, nicht aber unbeschränkt für jedermann und für beliebig viele Einkäufe angekündigt und gewährt worden.

Es trifft deshalb nicht zu, wenn die Rev. in diesem Zusammenhang auf die sog. unechten Sonderpreise, wie sie z. B. bei Ausverkäufen, Weißen Wochen u. dgl. Anlässen üblich sind, hinweist. Diese sog. unechten Sonderpreise werden zwar nicht als Preisnachlässe i. S. des RabattG. angesehen, aber nur deshalb, weil sie allgemein angekündigt oder gewährt werden, d. h. ohne persönliche, örtliche oder mengenmäßige Beschränkung. Diese Preise gelten für jeden, der Käufer sein will und für jede verfügbare Menge (ebenso auch Michel-Weber S. 10, 12, 13). Der Vorderrichter hat diese Frage mit dem gleichen Ergebnis bereits geprüft und mit Recht darauf hingewiesen, daß zwei Preise nebeneinander in Kraft waren:

der 20-Pf.-Preis für zwei Dosen für Gutscheininhaber eines bestimmten Bezirkes und

der 20-Pf.-Preis für eine Dose für alle übrigen Kunden.

Es führt deshalb irre, wenn das Rundschreiben der Herstellerfirma von einer „vorübergehenden Preisherabsetzung" spricht. Eine solche lag gar nicht vor, weil sie allen Verbrauchern hätte zugute kommen müssen.

Dem Vorderrichter ist darin beizutreten, daß in der Werbemaßnahme des Angekl. eine Umgehung des Zugabeverbotes zu erblicken ist, und daß es sich im Endergebnis um eine versteckte Zugabe handelt, die ebensowohl mit den Worten „Bei Kauf einer Dose zum Normalpreis eine zweite Dose gratis gegen Abgabe des Gutscheines" hätte zum Ausdruck gebracht werden können. Gerade hierin zeigt sich, worauf es der Herstellerfirma ankam und was den Gutscheininhabern tatsächlich gewährt werden sollte.

Sonach kann in der Annahme des Amtsrichters, daß der erste Fall des § 1 Abs. 2 RabattG. vorliegt, kein Rechtsirrtum, insbes. keine Verkennung des Begriffes „Preisnachlässe" i. S. des RabattG. gefunden werden.

Ebensowenig ist eine Verkennung des Begriffes der „bestimmten Verbraucherkreise" in der Entsch. des Amtsrichters, der auch den zweiten Fall des § 1 Abs. 2 RabattG. für gegeben angesehen hat, zu erkennen.

Es mag der Rev. zugestanden werden, daß ein Erläuterungsbuch selbst des Gesetzessachbearbeiters für die Auslegung eines Gesetzes entgegen dessen tatsächlichem Inhalt nicht entscheidend ist. Der erkennende Sen. kommt aber auf Grund des Wortlauts, des Zwecks und der Geschichte des Gesetzes zu dem gleichen Ergebnis wie die vom Amtsrichter wiederholt angezogenen Kommentatoren Michel und Weber.

Das Gesetz über Preisnachlässe ist, wie schon angedeutet, erst erlassen worden, als die Best. gegen den unlauteren Wettbewerb und der ZugabeVO. v. 9. März 1932 (RGBl. I, 121) und des Ges. über das Zugabewesen v. 12. Mai 1933 (RGBl. I, 264) sich als nicht ausreichend erwiesen, um die ungesunden Auswüchse im Reklame- und Wettbewerbswesen wirksam zu bekämpfen. Durch das RabattG. sollten die auch nach diesen Gesetzen noch bestehenden Lücken ausgefüllt und Gesetzesumgehungen unmöglich gemacht werden. Über diese Zweckbestimmung des RabattG. hat sich der Gesetzgeber im Deutschen Reichsanzeiger in einer amtlichen Begr. geäußert (Reichsanzeiger Nr. 284 v. 5. Dez. 1933). Es wird dort besonders darauf Bezug genommen, daß nach Erlaß der ZugabeVO. das Rabattwesen sich in schnellem Maße ungünstig entwickelt habe, daß an die Stelle der Zugaben Preisnachlässe getreten seien und viele Mißstände sich ergeben hätten. Wenn das Gesetz dennoch in den §§ 2 ff. gewisse Ausnahmen zugelassen und kein allgemeines Rabattverbot ausgesprochen habe, so habe dies seinen Grund darin, daß gegen einen Wettbewerb mittels Preisnachlasses nichts einzuwenden sei, wenn er sich innerhalb einer ordentlichen und vernünftigen kaufmännischen Rechnung bewegte. Wie der Gesetzgeber sich diese vorstellt, läßt § 2, der als Höchstgrenze z. B. des Barzahlungsrabatts 3% gestattet, erkennen.

Die Gesetzesgeschichte und der erkennbar zutage tretende Gesetzeszweck lassen nicht nur eine weite Auslegung des Gesetzes und eine möglichst umfassende Anwendung zu, sondern gebieten sie sogar. Die ganzen Vorschriften und der gesetzestechnische Aufbau lassen erkennen, daß Preisnachlässe grundsätzlich nicht gestattet werden sollen, soweit nicht einer der besonderen Ausnahmefälle vorliegt. Die weitgehende Anwendung des Gesetzes ist Pflicht gegenüber gesunder und ehrlicher Wirtschaftsgebarung. Nicht weil die Verfasser eines Erläuterungsbuches als Sachbearbeiter sich entsprechend geäußert haben, sondern weil das Gesetz es nach seinem Sinn und Ziel verlangt, ist diese Auslegung geboten.

Es ist also dem Amtsrichter zu folgen, wenn er das Gesetz so auslegt, wie geschehen, und insbes. den Begriff „bestimmte Verbraucherkreise" weit faßt. Der Rev. ist nicht zuzustimmen, wenn sie in dem Worte „bestimmt" eine Einschränkung sehen will. Der Gegensatz von „bestimmt" ist „unbestimmt", und das hat der Amtsrichter hinreichend berücksichtigt, wenn er in Übereinstimmung mit Michel-

Weber (S. 38 ff.) als „bestimmten Verbraucherkreis“ jeden durch irgendein gemeinsames Merkmal gekennzeichneten Personenkreis, auch wenn ihm eine innere Verbundenheit vollkommen fehlt, ansieht (vgl. auch Danielcik in Fußn. z. JW. 1934, 2937[6]). Diese Auslegung entspricht völlig dem Gesetz. Bei freier, unbefangener Prüfung des Gesetzeswortlautes ist etwas anderes aus ihm nicht herauszulesen.

Der Gegensatz zu „bestimmten Verbraucherkreisen“, nämlich „unbestimmte Verbraucherkreise“, würde gleichbedeutend sein mit der Allgemeinheit der Verbraucherschaft.

Die Bestimmbarkeit des Verbraucherkreises ist hier in zweifacher Hinsicht gegeben.

Da die Werbetätigkeit der Herstellerfirma und des Angekl. sich nur auf die Haushaltungen gewisser deutscher Städte bezog, wenn auch mit dem Ziel, im Laufe der Jahre alle deutschen Orte in Stadt und Land zu erfassen, so war der beanstandete Preis jeweils nur in einer beschränkten Zahl deutscher Städte — auch dort nur jeweils für eine kürzere Frist — in Kraft. Es gab also zwei Klassen von Verbrauchern: die in den bearbeiteten Orten und die übrigen Kunden, und demgemäß zwei Preise: den regelmäßigen und den nur kurzfristigen für die jeweils bearbeiteten Orte. Vor und nach der Reklamezettelverteilung waren auch in den bearbeiteten Orten die Regelpreise allein maßgebend. Schon durch diese Teilung der Verbraucherschaft nach ihren räumlichen Beziehungen würden die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 RabattG. (zweiter Fall) gegeben sein. Durch die Verteilung der Kontrollscheine (richtiger Gutscheine) ist diese Bestimmbarkeit noch deutlicher und klarer. Die Innehabung eines solchen Gutscheines ist unerläßliche Voraussetzung für die Gewährung des Sonderpreises, d. h. also des Preisnachlasses. Dieser Personenkreis ist aber erst recht bestimmbar. Das Gesetz läßt in keiner Weise erkennen, daß eine innere Beziehung der Vergünstigungsempfänger zueinander gefordert würde. Es ist dafür auch kein Grund zu ersehen. Deshalb genügt — ebenso wie nach den vom Gesetz angeführten Beispielen allein die äußere Gleichheit des Berufs genügt — die allein äußere Gleichheit der Innehabung eines bestimmten Gutscheines. So wie sich in dem einen Falle der Käufer als Angehöriger eines Berufes ausweisen muß, muß er hier den Gutschein überreichen. Hat er einen solchen nicht, muß er den vollen Preis bezahlen.

Auf Grund all dieser Erwägungen ist auch hinsichtlich des Begriffs „bestimmte Verbraucherkreise“ und seiner Verwendung im Urt. des Amtsrichters eine rechtsirrtümliche Auslegung nicht zu erblicken; vielmehr sind mit dem Amtsrichter als „bestimmte Verbraucherkreise“ i. S. des § 1 Abs. 2 RabattG. einmal die örtlich abgegrenzten Verbraucherkreise, zum anderen die Inhaber eines Gutscheines oder sog. Kontrollzettels anzusehen.

(KG., Urt. v. 19. März 1935, 1 Ss 26/35.)

*

52. §§ 14, 148 Nr. 1 GewO. Ein gelegentlich für einen fremden Arbeitgeber eine Arbeit ausführender Lehrling ist kein selbständiger Gewerbetreibender, mag er auch künftig für denselben Arbeitgeber ebenso tätig werden wollen.

Das Vorliegen einer gewerbsmäßigen Handlung nötigt nicht zu der Annahme des selbständigen Betriebs eines Gewerbes i. S. des § 14. Er setzt voraus, daß ein Gewerbe als solches, d. h. grundsätzlich so betrieben werde, daß die gewerblichen Leistungen jedem beliebigen Dritten dargeboten werden und eine — die Stellung des Täters der eines gewerblichen Arbeiters annähernde — Abhängigkeit von einem einzelnen bestimmten Auftraggeber in wirtschaftlicher und persönlicher Beziehung nicht stattfindet. Das hindert nicht, daß im Einzelfalle ein selbständiger Gewerbetreibender tatsächlich in der Hauptsache oder auch ausschließlich von einem einzelnen bestimmten Auftraggeber Aufträge empfängt, sofern nur der Grundsatz der Freiheit der gewerblichen Betätigung in jenem Sinne gewahrt bleibt. Hier hat der Angekl., ein Dekorationslehrling, in einem Falle nach Feierabend die Schaufenster eines fremden Geschäftsinhabers dekoriert und 5 RM dafür erhalten. Die Möglichkeit weiterer gleichartiger Betätigung hing für ihn in Zukunft davon ab, ob ihm derselbe Geschäftsinhaber wieder die Dekorierung seiner Schaufenster übertragen würde. Als selbständiger Gewerbetreibender kann er hiernach nicht gelten. Er hat seine Leistungen nicht beliebigen Dritten dargeboten. Es war vielmehr von vornherein die Möglichkeit gewerblicher Betätigung in jeder Beziehung von der Entschließung eines einzelnen bestimmten Geschäftsinhabers abhängig. Damit entfällt das Erfordernis der Selbständigkeit der Gewerbeausübung und erscheint der Angekl. entsprechend seiner Lehrlingseigenschaft im übrigen als für den einzelnen Fall angenommener gewerblicher Arbeiter.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 29. März 1935, 1 Ss 47/35.)

Ber. von KGR. Körner, Berlin.

*

Dresden

53. §§ 2, 9 Ges. zum Schutze des Einzelhandels v. 12. Mai 1933 (RGBl. 262) verb. mit den zur Abänderung dieses Gesetzes ergangenen Gesetzen v. 25. Okt. 1933 (RGBl. 779), v. 27. Juni 1934 und 13. Dez. 1934 (RGBl. 523, 1241). Das Verbot des § 2 Ges. v. 12. Mai 1933 bezieht sich nicht nur auf die Errichtung von offenen Verkaufsstellen. Es erstreckt sich deshalb auch auf die Aufstellung von Warenautomaten. †)

Rechtliche Bedenken bestehen gegen die Annahme der StrK., daß in dem Tun des Beschuldigten keine Zuwiderhandlung gegen § 2 EinzelhandelSchG. v. 12. Mai 1933 erblickt werden könne. Im ersten Absatz dieser Gesetzesvorschrift ist die Errichtung von Verkaufsstellen, in denen Waren zum Verkauf feilgehalten werden, zunächst auf bestimmte Zeit und durch die Gesetzesänderung v. 13. Dez. 1934 unbefristet verboten worden. Das LG. zieht aus den Worten „in denen Waren zum Verkauf feilgehalten werden“ den Schluß, daß sich das Verbot nur auf die Errichtung von offenen Verkaufsstellen beziehe. Auch in den Erläuterungen zu § 2 a. a. O. bei Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht, Abtlg. III c, wird im Ergebnis die gleiche Auslegung ohne nähere Begr. vertreten. Danach sollen Verkaufsstellen nur Räume sein, in denen gewerbsmäßig Waren zum Verkauf an Verbraucher bereit gehalten werden und die zu diesem Zweck jedem Kaufliebhaber zugänglich sind.

Diese einengende Auslegung des Verbotes in § 2 erscheint dem Senat weder durch den Wortlaut geboten noch nach dem Sinn und dem Zweck der Vorschr. gerechtfertigt. Unter „feilhalten“ ist zwar in der Regel das Bereithalten einer Ware zum Verkauf an das Publikum, also an jeden beliebigen Kaufliebhaber zu verstehen. Es kann aber zur Erfüllung des Begriffes „feilhalten“ nach der herrschenden Rspr. auch das Bereithalten zum Verkauf an einen begrenzten Personenkreis ausreichen (vgl. LpzKomm., 4. Aufl., Anm. 4 zu § 184). Daß das Errichtungsverbot des § 2 nach dem Willen des Gesetzgebers auch dann Platz greifen soll, wenn nach der Natur des Geschäftsbetriebs nur das Bereithalten der Ware für einen bestimmten abgegrenzten Personenkreis in Frage kommt, ergibt sich aus § 4, der das Verbot des § 2 ausdrücklich auf die Errichtung von Verteilungsstellen der Konsumvereine und Werkskonsumanstalten erstreckt. Gegen die Gleichstellung des Begriffes „Verkaufsstellen“ in § 2 mit „offenen Verkaufsstellen“ spricht weiter die ausdrückliche Erwähnung des Feilhaltens von Waren im Gewerbebetrieb im Umherziehen in der Ausnahme vom Errichtungsverbot in § 6. Diese Erwähnung wäre überflüssig, wenn der Gesetzgeber unter „Verkaufsstelle“ in § 2 nur „offene Verkaufsstellen“ hätte verstanden wissen wollen. Denn Hausierer unterhalten keine offenen Verkaufsstellen. Ferner ist für die Auslegung, da es sich um ein Gesetz des neuen deutschen Reichsrechts handelt, von Bedeutung, daß die zwei Monate später veröffentlichte neue Fassung der ArbZVO. ausdrücklich zwischen offenen Verkaufsstellen und sonstigen Verkaufsstellen (in den Überschriften der §§ 24 und 25) unterscheidet und unter letzteren auch den Hausierhandel versteht.

Schon diese Erwägungen lassen die Annahme bedenklich erscheinen, der Gesetzgeber habe mit „Verkaufsstellen“ im § 2 nur „offene Verkaufsstellen“ im Auge und die auffällige Nichtverwendung des letzteren Ausdrucks, der seit Jahrzehnten in der Gesetzessprache, im Schrifttum und in der Rspr. zu einem ganz bestimmten festen Begriff geworden ist, sei auf eine unbedachte Ungenauigkeit in der Wortfassung zurückzuführen.

Gegen die einengende Umdeutung des Wortes „Verkaufsstellen“ in „offene Verkaufsstellen“ spricht aber vor allem, daß sie mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen ist. Nach dem Vorspruch hat die Reichsregierung das Gesetz erlassen zur Abwehr der dem Einzelhandel aus der gegenwärtigen wirtschaftlichen Not drohenden Gefahren und zur Sicherung des Bestandes der mittelständischen Betriebe des Einzelhandels. Deshalb soll einer weiteren Übersetzung im Einzelhandel durch das Verbot neuer Konkurrenzbetriebe vorgebeugt werden. Daß der Gesetzgeber dabei wohl bedacht hat, daß ein solcher die Existenz der vorhandenen mittelständischen Betriebe bedrohender Wettbewerb nicht nur durch neu eröffnete selbständige Ladengeschäfte erfolgen kann, sondern hauptsächlich auch durch Errichtung neuer Zweigverkaufsstellen seitens bereits bestehender größerer Unternehmen im Einzelhandel, zeigen die §§ 3 und 4 des Gesetzes. In diesen kommt der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, insbes. jeden Einbruch von Unternehmen, die ihrer Gestaltung nach nicht zu den mittelständischen Betrieben zu rechnen sind, in die Kundenkreise des mittelständischen Einzelhandels durch Schaffung neuer Warenabsatzstellen (§ 3 Ziff. 2) oder durch nicht nur unerhebliche Erweiterung bereits vorhandener Verkaufsräume (§ 3 Ziff. 1) oder durch Anwendung neuer Geschäftsformen (§ 3 Ziff. 3 und 4) zu verhindern. Besonders schutzbedürftig erschienen dem Gesetzgeber die Lebens- und Genuß-

mittelkleinhändler. Denn in Ziff. 5 des § 3 ist jede Ausdehnung des Verkaufes auf Lebens- und Genußmittel in bereits bestehenden Verkaufsstellen untersagt, wenn in ihnen ausschließlich oder überwiegend andere Waren feilgehalten werden.

Wenn man von diesen Gesichtspunkten an die strafrechtliche Beurteilung der dem Beschuldigten zur Last gelegten Betätigung herantritt, kommt man zu dem Ergebnis, daß er dem Verbot des § 2 zuwidergehandelt hat. Die GmbH., als deren verantwortlicher Geschäftsführer der Beschuldigte angeklagt ist, hat sich früher als Warenversandgeschäft hauptsächlich mit dem Vertrieb von Tafelöl, Kaffee und Kakaoprodukten beschäftigt. Dabei hat sie Öl in Einhalb- und Einliter-Flaschen, Kaffee und Schokoladenpulver in Einhalbpfund-, Einpfund- und Einkilogramm-Packungen verschickt. Getrennt von der Versandabteilung wurde eine offene Verkaufsstelle in D. betrieben. Da es infolge der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage vielen ihrer Kunden nicht mehr möglich war, solche große Mengen auf einmal zu bezahlen, entschloß sich die Gesellschaft, ihre Kunden mit kleineren Packungen zu beliefern. Die Belieferung kleinerer Packungen in der Form des bisherigen Versandgeschäftes erschien ihr aber wegen der hohen Beförderungskosten unrentabel und deshalb nicht angängig. Aus diesem Grunde stellte sie ihren Versandbetrieb auf eine neue Geschäftsform um. Vom Nov. 1933 ab stellte sie in einer großen Anzahl von Haushaltungen in D. und Umgebung kleine Blechautomaten auf, aus denen die Mitglieder des Haushaltes nach Einwurf eines Zehnpfennigstückes jederzeit ein Fläschchen Tafelöl (50 g) oder Leinöl (45 g) oder eine kleine Packung Kaffee (18 g) oder Schokoladenpulver (36 g) entnehmen können. Je nach Bedarf werden die Automaten aller 14 Tage oder drei Wochen durch Austräger der Gesellschaft nachgefüllt, die dabei auch das gesammelte Geld dem Automaten entnehmen. Bisher hat die Gesellschaft etwa 45 000 *RM* in diesem Geschäftsweg investiert und etwa 10 000 Automaten in Haushaltungen aufgestellt. Sie beschäftigt in dem Automatengeschäft etwa 100 Personen.

Mit der Aufstellung der Automaten entzieht die Gesellschaft den mittelständischen Einzelhandelsbetrieben, die Öl, Kaffee und Schokoladenpulver verkaufen, in den Stadtgegenden, wo sie ihre Automaten aufstellt, einen Teil ihrer Kundschaft. Denn die Aufstellung von 10 000 Automaten in Haushaltungen kommt wirtschaftlich der Einrichtung mehrerer neuer selbständiger Spezialläden oder Spezialzweiggeschäfte der Lebensmittelbranche gleich. Die Gesellschaft bedient sich dabei ähnlicher Geschäftsformen wie die offenen Verkaufsstellen. Denn sie gibt aus den Automaten kleinste Posten von Lebensmitteln gegen Barzahlung ab. Sie bietet ihren Automatenkunden sogar größere Vorteile als die offenen Verkaufsstellen. Denn ihre Kunden sparen sich den Weg zum Laden und das Warten dort bei Käuferandrang. Und sie können auch während der Ladenschlußzeiten stets ihren Bedarf decken. Es besteht auch die Gefahr, daß — namentlich während der Ladenschlußzeiten — auch an Personen, die nicht zu dem betreffenden Haushalt gehören, aus den Automaten Waren abgegeben werden, obwohl die Gesellschaft das ihren Kunden untersagt hat. Somit ist nach den bisherigen Ermittlungsergebnissen die Massenaufstellung der Automaten in Privathaushaltungen wirtschaftlich und auch rechtlich als Verkaufsstellenerrichtung i. S. des § 2 EinzelhandelSchG. anzusehen, einerlei, ob man die Aufstellung der Automaten als die Errichtung einer Verkaufsstelle in jedem einzelnen Haushalt ansieht oder ob man die Gesamtheit der aufgestellten Automaten als eine räumlich weitverzweigte und in die einzelnen Haushaltungen vorgeschobene Verkaufsstelle auffaßt.

(OLG. Dresden, Beschl. v. 6. März 1935, 21 Ws 73/35.)

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen. Sie behandelt die Frage, ob unter § 2 EinzelhandelSchG. v. 12. Mai 1933 nur offene Verkaufsstellen oder auch sonstige Verkaufsstellen, insbes. Automaten, fallen. Die StrK., der die Sache zuerst vorgelegen hatte, war der Auffassung gewesen, daß unter „Verkaufsstellen“ i. S. des § 2 nur offene Verkaufsstellen zu verstehen seien.

Das OLG. wendet sich hiergegen sowohl mit formalrechtlichen wie mit wirtschaftspolitischen Erwägungen, bei denen es vom Sinn und Zweck des Gesetzes ausgeht. Diese letzten Erwägungen sind m. E. nach entscheidend.

Was will das EinzelhandelSchG.?

Von dieser Kernfrage ist bei der Auslegung des Gesetzes auszugehen. Die Antwort muß lauten, daß das EinzelhandelSchG. den Grundsatz der geordneten Wirtschaft im Einzelhandel durchführen und damit gleichzeitig die Angehörigen des Einzelhandels einerseits, die Verbraucher andererseits schützen will. Die Ordnung in dem in den letzten Jahren stark übersetzten Einzelhandel konnte nur dadurch geschaffen werden, daß das Gesetz eindeutig in § 2 die Errichtung von Verkaufsstellen, d. h. Verkaufsstellen aller Art, ausschloß bzw. unter Genehmigung stellte.

Jede generelle Ausnahme würde das Grundprinzip des Gesetzes stören, im Interesse der Volksgemeinschaft, der Verbraucherschaft und des Wirtschaftszweiges Ordnung zu schaffen.

Infolgedessen müssen auch Automaten unter den Genehmigungszwang fallen; denn anderenfalls würde überall mit Leichtigkeit eine Umgehung des Gesetzes möglich sein, indem Firmen, die sich unter Außerachtlassung des Genehmigungsgebotes erweitern wollen, einfach Automaten aufstellen.

Daneben sind auch die Ausführungen des OLG. in formalrechtlicher Beziehung zutreffend. Hätte man tatsächlich eine Einschränkung machen wollen, so wäre, ebenso wie dies auch an anderen Gesetzesstellen der Fall ist, zweifellos in § 2 das Wort „offene“ hinzugesetzt worden.

RA. Hans Peter Danielcik, Berlin.

*

Hamm

54. § 302 StPO. Ein Verzicht auf Rechtsmittel ist nicht darin zu finden, daß ein Angekl. nach Urteilsverkündung auf die Frage des Vorsitzenden, ob er das Urteil annehme, mit ja antwortet, sofern nicht eine ausdrückliche Rechtsmittelbelehrung vorangegangen ist. †)

Die StrK. hat die von dem Angekl. durch seine Verteidigung eingelegte Ber. deswegen für unzulässig erklärt, weil sie annimmt, daß der Angekl. nach der Verkündung des Urt. des Amtsrichters wirksam auf Rechtsmittel gegen das Urt. verzichtet habe. Sie erblickt die Verzichtserklärung darin, daß der Angekl. nach der Urteilsverkündung auf die Frage des Amtsrichters, ob er das Urteil annehme, mit einem bestimmten „Ja“ geantwortet habe. Die gegen den Beschluß der StrK. durch die Verteidiger eingelegte sofortige Beschw. des Angekl. erscheint begründet. Mit der StrK. ist nach der dienstlichen Äußerung des Amtsrichters und den Darlegungen der Verteidiger in den Schriftsätzen vom 28. Jan. und 26. Febr. 1935 anzunehmen, daß der Angekl. auf die nach der Urteilsverkündung vom Amtsrichter an ihn gerichtete Frage, ob er das Urteil annehme, mit „Ja“ geantwortet hat. Nun ist freilich für die Erklärung des Verzichts auf Rechtsmittel eine bestimmte Formel nicht vorgeschrieben. Damit aber eine Erklärung eines Angekl. als Rechtsmittelverzicht gelten kann, muß sie bestimmt und unzweideutig den Willen des Angekl., auf Rechtsmittel zu verzichten, zum Ausdruck bringen. Der Ausdruck, daß ein Urteil „angenommen“ werde, ist weder juristisch technisch, noch bedeutet er nach allgemeinem Sprachgebrauch jedermann ohne weiteres verständlich und klar, daß auf Rechtsmittel gegen das Urteil verzichtet werde, mag auch der Ausdruck vielfach hierfür üblich sein. Der Amtsrichter hätte, bevor er dem Angekl., von dem er nicht annehmen konnte, daß er in gerichtlichen Dingen erfahren sei, die Frage, ob er „das Urteil annehme“, vorlegte, den Angekl. belehren müssen, ob und welche Rechtsmittel er gegen das Urteil hatte, in welcher Frist und in welcher Form er Rechtsmittel einlegen konnte, daß er aber auch auf die Einlegung von Rechtsmitteln ausdrücklich verzichten konnte, daß ein solcher ausdrücklicher Verzicht den Verlust der Rechtsmittel zur Folge hatte und daß, wenn er die ihm nunmehr vorgelegte Frage, ob er das Urteil annehme, bejahe, diese Bejahung einen Rechtsmittelverzicht und hiermit den Verlust der Rechtsmittel bedeute. Nach der dienstlichen Äußerung des Amtsrichters muß angenommen oder doch wenigstens damit gerechnet werden, daß er dem Angekl. vor der Vorlegung der Frage, ob der Angekl. das Urteil annehme, eine derartige Belehrung nicht erteilt hat. Hatte er aber eine solche Belehrung vor der Vorlegung der Frage dem Angekl. nicht erteilt, dann konnte in der Bejahung der Frage eine bestimmte, klare und unzweideutige Erklärung des Willens, auf Rechtsmittel zu verzichten, nicht gefunden werden, zumal da der Angekl. ja gar keine Veranlassung hatte, eine Erklärung des Verzichts auf Rechtsmittel abzugeben und sich hierdurch die Möglichkeit zu nehmen, die für ihn durchaus nicht bedeutungslose Sache zunächst mit seinen Verteidigern zu besprechen und die Rechtsmittelfrist zur Überlegung auszunutzen. Der Angekl. ist somit nicht durch Rechtsmittelverzicht des Rechtsmittels der Ber. verlustig gegangen.

(OLG. Hamm, 1. StrSen., Beschl. v. 19. März 1935, I W 131/35.)

Anmerkung: Der Entsch. ist im wesentlichen beizupflichten.

Einer Anfechtung oder eines Widerrufs sind verfahrensrechtliche Erklärungen im Hinblick auf ihren öffentlich-rechtlichen Charakter nicht zugängig (RGSt. 57, 83; JW. 1933, 1611 [18]). Die vom Angekl. erklärte Annahme des Urteils kann somit weder angefochten noch widerrufen werden. Hätte der Angekl. durch seine Erklärung also über das Rechtsmittel verfügt, so könnte diese Verfügung niemals um deswillen rechtsunwirksam werden, weil die dem Gerichte gegenüber abgegebene Erklärung mit dem inneren Willen des Angekl. nicht übereinstimmte. Diese Formenstrenge, die ein

praktisches Verfahrensrecht niemals entbehren kann, nötigt andererseits, daß die Erklärungen der Prozeßbeteiligten, denen eine so weitgehende Wirkung zuteil wird, unzweideutig erfolgen müssen. Insoweit ist aber der erklärte Wille nicht ausschließlich der Erklärung zu entnehmen, sondern unter verständiger Würdigung der gesamten Umstände, auch der Persönlichkeit des Erklärenden, zu erforschen. § 300 StPO. ist ein Niederschlag desselben Rechtsgedankens, den auch das RG. anderweit, u. a. bei der Lehre über den Beweisantrag (RGSt. 13, 316; 38, 127), in durchaus glücklicher Weise entwickelt und dem es auch schon früh bei Erklärungen über Rechtsmittel Rechnung getragen hat (vgl. RGSt. 2, 78). Bei diesen Anforderungen an die Auslegung verfahrensrechtlicher Willenserklärungen muß den Gesamtumständen der gleiche Wert wie der Unzweideutigkeit der Erklärung beigemessen werden. Die Eindeutigkeit der Erklärung zum ausschließlichen Kriterium zu erheben, hieße den materiellen Gehalt der Willensäußerung einschränken. Erklärt z. B. ein Angekl. nach Urteilsverkündung, die Strafe sofort antreten zu wollen, so kann trotz der wortmäßigen Eindeutigkeit dieser Äußerung nicht ohne weiteres aus ihr auf einen Rechtsmittelverzicht geschlossen werden, da im Falle der Rechtsunkundigkeit des Angekl. diese Erklärung nicht notwendig den bewußten Verzicht auf eine Anfechtung des Urteils in sich schließt. Andererseits kann die Ansicht nicht gebilligt werden, daß eine solche Bekundung eines Angekl. überhaupt nicht geeignet sein sollte, wirksam auf Rechtsmittel zu verzichten (RG.: JW. 1890, 108 [12]). Diese Entsch. würde dann ihre Grundlage verlieren, wenn der Angekl. rechtskundig gewesen wäre und damit die Tragweite seiner Erklärung ermessen hätte.

In Übereinstimmung mit dieser Erkenntnis hat das RG.: JW. 1933, 1069 [22] den Gesamtumständen bei Würdigung von Verzichtserklärungen ausschlaggebendes Gewicht beigelegt. Hier hatte der Vorsitzende die Angekl. rechtsirrig dahin belehrt, daß gegen das Urteil der StrK. die Rev. nicht zulässig sei; das RG. hat ausgeführt, daß unter diesen Umständen die von den Angekl. abgegebenen Erklärungen, daß sie sich dem Urteil unterwürfen, nicht den Sinn haben könnten, daß sie ernstlich auf ein ihnen in Wahrheit zustehendes Rechtsmittel verzichteten.

Eindeutigkeit der Willenserklärung und verständige Würdigung der Gesamtumstände sind sonach im Hinblick auf die öffentlich-rechtliche Natur der verfahrensrechtlichen Willenserklärungen notwendige Voraussetzungen, um auch im Verfahrensrecht dem Rechtsgedanken den bestimmenden Einfluß einzuräumen. Im obigen Urteil hat daher mit Recht das OLG. Hamm in der Erklärung des rechtsunkundigen Angekl., er nehme das Urteil an, keinen Rechtsmittelverzicht erblickt. Wenn die Erklärung, das Urteil anzunehmen, nach allgemeinem Sprachgebrauch auch zum Ausdruck bringt, Rechtsmittel gegen das Urteil nicht einlegen zu wollen, so ergeben hier doch die Gesamtumstände, daß der Wille des Angekl. insoweit mit seiner Erklärung sich nicht deckte. Diese Kenntnis der Tragweite der Erklärung ist aber erforderlich, um wirksam auf das Rechtsmittel zu verzichten.

StA. Dr. Krille, Dresden.

*

München

55. Auf Grund der jetzigen Fassung des § 148 Abs. 2 GewO. wird durch die Verurteilung wegen einer Übertretung nach §§ 55 Abs. 1, 148 Abs. 1 Nr. 7 GewO. die Strafklage wegen einer durch dieselbe Handlung begangenen steuerlichen Verfehlung nicht verbraucht.

Der Angekl. wurde durch Urt. des AG. M. wegen einer Übertretung nach §§ 55 Abs. 1, 148 Abs. 1 Nr. 7 GewO. mit einer Geldstrafe von 6 *RM*, ersatzweise mit 2 Tagen Haft, bestraft, weil er im August 1934 außerhalb seines Wohnortes ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung in eigener Person Kurzwaren zum Kaufe angeboten hatte, ohne im Besitze eines Wandergewerbescheines gewesen zu sein. Die StA. erhob später, nachdem das FinA. N. um Übernahme des Verfahrens wegen Steuerzuwiderhandlung ersucht hatte, gegen den Angekl. Anklage wegen eines Vergehens nach Art. 1 Nr. 1, Art. 6, 7, 16 HausStG., weil der Angekl. durch dieselbe Handlung ein der Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen unterworfenes Gewerbe betrieben habe, ohne die Hausiersteuer entrichtet zu haben und ohne mit dem Nachweis über die Festsetzung und Entrichtung dieser Steuer versehen gewesen zu sein. Durch Urt. des AG. M. wurde dieses Strafverfahren eingestellt mit der Begründung, daß das Vergehen nach dem HausStG. mit der Übertretung der GewO. rechtlich zusammentreffe und seiner Verfolgung der Verbrauch der Strafklage entgegenstehe; das AG. nahm an, daß der Abs. 2 des § 148 GewO. i. d. Fass. des Ges. zum Schutze des Einzelhandels v. 12. Mai 1933 (RGBl. I, 263) lediglich sachlich-rechtlich, unter Änderung des bisherigen Abs. 2 dieses Paragraphen und unter Ausschaltung des § 73 StGB., die Strafenhäufung, nicht aber eine verfahrensrechtliche Neuregelung unter Ausschaltung des Grundsatzes ne bis in idem eingeführt habe.

Die Revisionsrüge des StA., das Urt. habe rechtsirrig Verbrauch der Strafklage angenommen, ist begründet.

Nach der vor dem Inkrafttreten des Ges. zum Schutze des Einzelhandels v. 12. Mai 1933 in Geltung gewesenen Bestimmung des § 148 Abs. 2 GewO. war die gewerbepolizeiliche Strafe ausgeschlossen, wenn die strafbare Handlung zugleich eine Zuwiderhandlung gegen die Steuergesetze enthielt; nach § 422 RAbgO. stand daher bis zum Inkrafttreten des Ges. v. 12. Mai 1933 die Untersuchung und — in den Grenzen des § 421 RAbgO. — die Entsch. dem FinA. zu. Das Ges. zum Schutze des Einzelhandels hat nun dem § 148 Abs. 2 — und ebenso dem § 149 Abs. 2 — GewO. folgende Fassung gegeben: „Enthält in dem Fall des Abs. 1 die strafbare Handlung zugleich eine Zuwiderhandlung gegen ein Steuergesetz (§ 73 StGB.), so ist die nach Abs. 1 verwirkte Strafe neben der etwa verwirkten Steuerstrafe besonders zu verhängen; bei der Bemessung der Steuerstrafe ist jedoch die nach Abs. 1 verhängte Strafe besonders zu berücksichtigen. Soweit die Vorschriften der RAbgO. entgegenstehen, finden sie keine Anwendung." Diese neue Bestimmung führt zunächst sachlich-rechtlich — entgegen dem bisherigen Grundsatze der Strafenabsorption — für die in §§ 148 Abs. 2, 149 Abs. 2 GewO. bezeichneten Übertretungen, falls die strafbare Handlung zugleich eine Zuwiderhandlung gegen ein Steuergesetz enthält, den Grundsatz der Strafenhäufung ein, und zwar mit dem Abmaß, daß bei der Bemessung der Steuerstrafe die nach der GewO. verhängte Strafe besonders zu berücksichtigen ist. Entgegen der Auffassung des AG. ist aber der erk. Sen. im Anschluß an seine bisherige Rspr. (Urt. v. 12. Okt. 1933, RR. 196/33, v. 5. April 1934, RR. 38/34, und v. 19. April 1934, RR. 49/34) und in Übereinstimmung mit der Entschließung des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen v. 23. Febr. 1934, Nr. IV 5650, auch mit der anscheinend auf dem gleichen Standpunkte stehenden Bek. des PrJustMin. v. 5. Juli 1934 (Deutsche Justiz 1934, 861), der Auffassung, daß weiter verfahrensrechtlich unter Ausschaltung der entgegenstehenden Bestimmungen der RAbgO. die Trennung der Zuständigkeit für die Verfolgung der in ein und derselben Handlung rechtlich zusammentreffenden gewerbepolizeilichen und steuerlichen Zuwiderhandlung eingeführt worden ist, und zwar in der Weise, daß zur Entsch. über die gewerbepolizeiliche Übertretung das ordentliche Gericht und zur Entsch. über die Steuerzuwiderhandlung das FinA. zuständig ist — unbeschadet der für Steuerzuwiderhandlungen in der RAbgO. (vgl. §§ 421 Abs. 1 Satz 2, 425, 446, 461) vorgesehenen besonderen Fälle der Zuständigkeit der Gerichte. Diese Auslegung ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut wie dem Sinn und Zweck der neuen Bestimmungen in §§ 148 Abs. 2, 149 Abs. 2 GewO., insbes. aus Halbsatz 2 des 1. Satzes und aus dem 2. Satze. Wenn das Gesetz bestimmt, daß bei der Bemessung der Steuerstrafe die nach Abs. 1 der §§ 148, 149 GewO. verhängte Strafe besonders zu berücksichtigen ist, so setzt es erkennbar voraus, daß dem Steuerstrafverfahren bereits ein anderes Verfahren, in dem eine Strafe wegen der gewerbepolizeilichen Übertretung ausgesprochen wurde, vorausgegangen ist. Dieses vorausgehende Verfahren kann nur ein Verfahren vor dem ordentlichen Gericht sein. Die Entsch. über die nunmehr im Gegensatze zum früheren Rechtszustand besonders zu verhängende gewerbepolizeiliche Strafe ist eine den Finanzbehörden wesensfremde und naturgemäß den Gerichten zukommende Aufgabe. Der Gesetzgeber hat daher für die Entsch. über die gewerbepolizeiliche Übertretung die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bestimmt, dagegen die Zuständigkeit zur Verhängung von Steuerstrafen grundsätzlich — abgesehen von der Abgabemöglichkeit — den Finanzbehörden zugewiesen.

Aus der Trennung der Zuständigkeit für die Verfolgung ein und derselben Handlung folgt notwendigerweise, daß die Anhängigkeit der öffentlichen Klage wegen der gewerbepolizeilichen Übertretung vor dem ordentlichen Gericht den Einwand der Rechtshängigkeit gegenüber dem Verfahren vor dem FinA. wegen des Steuerdeliktes nicht begründen kann. Weiter ergibt sich aus der Trennung der Zuständigkeit die Ausschaltung des Grundsatzes des Verbrauchs der Strafklage; durch die rechtskräftige Entsch. über die gewerbepolizeiliche Übertretung im Verfahren vor den Gerichten wird das Verfahren wegen der steuerlichen Verfehlung nicht ausgeschlossen. Dies erfordert auch der Zweck des Gesetzes. Das Verfahren vor dem ordentlichen Gerichte wegen der gewerbepolizeilichen Übertretung wird in der Regel erheblich rascher zu Ende geführt werden können als das kompliziertere Verfahren vor dem FinA. wegen der Zuwiderhandlung gegen die Steuergesetze, dem unter Umständen noch ein Verfahren zur Feststellung der Steuerpflicht und der Steuerhöhe vorausgeht. Würde durch die Rechtskraft des im ersteren Verfahren ergangenen Urt. ein Verbrauch der Strafklage mit der Wirkung eintreten, daß dieses Urt. die weitere Verfolgung wegen der durch dieselbe Handlung verübten Steuerzuwiderhandlung ausschließt, so würde in den meisten Fällen die vom Gesetz vorgesehene Strafenhäufung nicht Platz greifen können; der Täter wäre dann in der Regel besser gestellt als nach dem bisherigen Rechts-

zustand, wonach er im Falle der §§ 148 Abs. 2, 149 Abs. 2 GewO. nach den Strafbestimmungen des Steuergesetzes, also des meist die schwerere Strafe androhenden Gesetzes, bestraft würde. Der Zweck des Gesetzes, durch Einführung der Strafenhäufung eine Verschärfung der Straffolgen herbeizuführen, wäre in das Gegenteil verkehrt.

Zu Unrecht beruft sich der Erstrichter auf die Entsch. des RG.: RGSt. 60, 39. Er übersieht, daß der in dieser Entsch. behandelte Fall anders gelagert war. Nach § 422 RAbgO. steht, wenn ein und dieselbe Handlung zugleich als Steuerzuwiderhandlung und nach einem anderen Gesetze strafbar ist, die Untersuchung und in den Grenzen des § 421 die Entsch. dem FinA. nur zu, wenn die Strafe aus dem Steuergesetz zu entnehmen ist; ist aber die Strafe aus dem anderen als dem schwereren Gesetze zu entnehmen, so ist die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben, und zwar sowohl aus dem Gesichtspunkt des anderen als des Steuergesetzes, trotzdem in einem solchen Falle die Steuerstrafe nach § 418 Abs. 1 Satz 2 RAbgO. besonders zu verhängen ist (vgl. RGSt. 61, 289). In dem in RGSt. 60, 39 behandelten Falle war die Strafe aus den die schwerere Strafe androhenden anderen Bestimmungen — nicht den steuerrechtlichen — des RennwG. zu entnehmen. Es war also von vornherein die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zur Aburteilung der Tat nach allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten gegeben; trotzdem die Anklage nur wegen einer Zuwiderhandlung gegen diese anderen Bestimmungen des RennwG. erhoben war, war das Gericht berechtigt und verpflichtet, die Tat auch aus dem Gesichtspunkte der rechtlich konkurrierenden Zuwiderhandlung gegen die steuerrechtlichen Vorschriften dieses Gesetzes zu prüfen und abzuurteilen. Soweit aber die Umgestaltungskraft des erkennenden Gerichtes geht, soweit reicht der Grundsatz des Verbrauches der Strafklage. Hiervon ausgehend hat das RG. in diesem Falle den Einwand „ne bis in idem" gegen die nachträglich erhobene Klage wegen des Steuerdeliktes als durchschlagend erklärt. In den Fällen der §§ 148 Abs. 2, 149 Abs. 2 GewO. n. F. steht aber dem Gerichte nur die Entsch. über die gewerbepolizeiliche Übertretung zu, während über die Steuerstraftat das FinA. — insolange nicht einer der die Zuständigkeit des Gerichts begründenden besonderen Umstände gegeben ist — zu befinden hat. Das Gericht kann daher bei der Entsch. über die erstgenannte Übertretung mangels Zuständigkeit nicht über die etwa vorliegende steuerliche Zuwiderhandlung erkennen, so daß die Voraussetzung für den Eintritt des Verbrauchs der Strafklage entfällt.

Hiernach hat das angefochtene Urt. durch die Annahme, daß die Strafklage wegen der Steuerzuwiderhandlung durch die rechtskräftige Aburteilung der gewerbepolizeilichen Übertretung verbraucht sei, das Gesetz verletzt. Es mußte deshalb auf Aufhebung des Urt. und Zurückverweisung der Sache erkannt werden.

Bei der neuerlichen Entsch. wird das AG. die Bestimmung des 2. Halbsatzes des 1. Satzes des § 148 Abs. 2 GewO. i. d. neuen Fass. zu beachten haben. Die bei Berücksichtigung der gewerbepolizeilichen Strafe sich möglicherweise ergebende Unterschreitung des Mindeststrafrahmens des Art. 16 HausStG. findet darin ihre Grenze, daß die Summe der Steuerstrafe und der gewerbepolizeilichen Strafe stets höher sein muß als die steuerrechtliche Mindeststrafe, weil sonst der Zweck der Gesetzesänderung, eine schärfere Bestrafung der Zuwiderhandlungen dieser Art herbeizuführen, nicht erreicht würde (so auch die oben erwähnte FinMinE. v. 23. Febr. 1934 und Urt. des erk. Sen. v. 17. Jan. 1935, RR. II Nr. 153/34).

(BayObLG., 2. StrSen., Urt. v. 24. Jan. 1935, RevReg. II Nr. 170/34.) [H.]

*

56. Zeitpunkt der Begehung i. S. des § 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 bei versuchten und bei fortgesetzten strafbaren Handlungen.

Der Angekl. hatte im Juli 1934 seinem Vermieter zum Zwecke der Erlangung eines Mietzinsnachlasses eine Bescheinigung des Bezirksfürsorgeverbandes vorgelegt, die dahin verfälscht war, daß der Angekl. zur Bezahlung der Wohnungsmiete außerstande sei. Nach dem festgestellten Sachverhalt ist anzunehmen, daß der getäuschte Vermieter den endgültigen Mietzinsnachlaß erst bewilligen wollte, nachdem er die verfälschte Bescheinigung dem FinA. vorgelegt und von diesem auf Grund der Bescheinigung einen entsprechenden Nachlaß an der Mietsteuer erhalten hätte. Die Vorlage an das FinA. durch den Vermieter erfolgte am 10. Aug. 1934; der zuständige Beamte des FinA. ließ sich aber nicht täuschen, und eine Vermögensbeschädigung des Staates wurde verhindert. Die StrK. hat durch Beschl. v. 21. Jan. 1935 gem. § 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 das Verfahren eingestellt mit der Begr., daß die von ihr angenommenen Straftaten, ein Vergehen des Betrugs zum Schaden des Vermieters in Tateinheit mit einem Verbrechen der Urkundenfälschung nach §§ 270, 268 StGB., vor dem 2. Aug. 1934 begangen seien. Die Beschw. des StA. gegen diesen Beschl. ist begründet.

Die StrK. verkennt die rechtlichen Gesichtspunkte für die Würdigung der Frage, wann die Straftat als begangen i. S. des § 2 StraffreihG. anzusehen ist. Für diese Frage kommen die gleichen Gesichtspunkte in Betracht, die nach § 67 Abs. 4 StGB. für die Frage des Beginnes der Verjährung maßgebend sind.

Eine zur Vollendung gekommene strafbare Handlung ist begangen, sobald ihre gesetzlichen Begriffsmerkmale verwirklicht sind. Der Tatbestand einer Urkundenfälschung nach § 267 oder nach § 270 StGB. ist, um als vollendete Tat strafbar zu sein, mit dem Gebrauchmachen der falschen oder verfälschten Urkunde verwirklicht. Wenn es im einzelnen Falle zum gesetzlichen Tatbestand einer strafbaren Handlung gehört, daß das Handeln des Täters einen bestimmten Erfolg herbeigeführt hat, so ist die strafbare Handlung erst mit dem Eintritt dieses Erfolges begangen, da erst dadurch der gesetzliche Tatbestand in seiner konkreten Erscheinung vollendet ist (vgl. RGSt. 42, 171). Daher ist der Tatbestand eines vollendeten Betrugs, der kein Gefährdungs-, sondern ein Erfolgsdelikt ist (vgl. LpzKomm. § 263 Bem. 1 und Bd. 1 S. 123 ff.), erst erfüllt, wenn zu der Täuschungshandlung der Eintritt des Vermögensschadens kommt, also ein Ereignis, das außerhalb der die eigentliche strafbare Tätigkeit entfaltenden Person liegt.

Bei dem Versuche einer strafbaren Handlung wird der gesetzliche Tatbestand nicht in vollem Umfange verwirklicht. Die Frage, mit welchem Zeitpunkt der Versuch einer strafbaren Handlung in den Fällen, in denen er strafbar ist, als „begangen" i. S. des § 67 Abs. 4 StGB., § 2 StraffreihG. anzusehen ist, ist daher nicht darauf abzustellen, in welchem Zeitpunkte der gesetzliche Tatbestand dieser Handlung verwirklicht wird, sondern darauf, in welchem Zeitpunkt die auf die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes der strafbaren Handlung gerichtete Tätigkeit des Täters abgeschlossen ist; dies ist dann der Fall, wenn der Täter alle Handlungen vorgenommen hat, die nach seiner Vorstellung zur begrifflichen Vollendung der Tat gehören; die innere Stellungnahme des Täters ist mithin der maßgebende Gesichtspunkt für die Beurteilung, wann sich seine im Rahmen eines geplanten, aber im Endergebnis mißglückten Unternehmens entwickelte Tätigkeit als beendeter Versuch darstellt (vgl. RGSt. 68, 82 ff. = JW. 1934, 1356; 57, 279 ff.).

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf die Straftat des Angekl. ergibt sich folgendes:

a) War der Angekl. der Meinung, es bedürfe zur Herbeiführung des Nachlasses an der Miete lediglich der Vorlage der verfälschten Bestätigung an seinen Vermieter und der Irreführung des Vermieters, so ging sein Vorsatz nur darauf, seinem Vermieter gegenüber von der verfälschten Urkunde Gebrauch zu machen und diesen zu täuschen; in diesem Falle war mit der Vorlage der Bestätigung an den Vermieter der volle gesetzliche Tatbestand des Verbrechens des Gebrauchs einer Falschurkunde nach §§ 270, 268 StGB. verwirklicht und damit dieses Verbrechen begangen i. S. des § 2 StraffreihG.

Dagegen ist das mit diesem Verbrechen rechtlich zusammentreffende Vergehen des Betrugs mit der Vorlage der verfälschten Urkunde an den Vermieter und mit der Täuschung des Vermieters noch nicht zur Vollendung gekommen. Zu der Täuschungshandlung mußte noch die Vermögensbeschädigung kommen. In dem Vermögen des Vermieters wäre nur dann eine Vermögensbeschädigung eingetreten, wenn er durch die Täuschung bestimmt worden wäre, den Nachlaß an der Miete endgültig zu bewilligen, oder wenn durch einen vorläufigen Nachlaß allein schon eine Minderung des Wertes der Mietforderung eingetreten wäre. Da dies nach dem festgestellten Sachverhalt nicht anzunehmen ist, liegt nur ein versuchtes Vergehen des Betrugs vor, auch wenn der Angekl. nur seinen Vermieter täuschen und schädigen wollte. Der Angekl. hat aber in diesem Falle mit der Täuschung seines Vermieters alle Handlungen ausgeführt, die nach seiner Vorstellung den Erfolg herbeiführen sollten, der den Tatbestand der vollendeten Straftat erfüllt; damit ist der Versuch des Betrugs beendet, ist „begangen". Die Übergabe der verfälschten Bestätigung an den Vermieter und die Täuschung desselben sind im Juli 1934 erfolgt; das Verbrechen nach §§ 270, 268 StGB. und das Vergehen des Betrugsversuchs sind in diesem Falle vor dem 2. Aug. 1934 begangen.

b) Anders ist die Sachlage dagegen, wenn der Angekl. darüber unterrichtet gewesen ist, daß für den Eintritt des Mietzinsnachlasses noch die Vorlage der verfälschten Bestätigung des Bezirksfürsorgeverbandes an das FinA. und die Bewilligung des vollen Nachlasses der gesetzlichen Mietsteuer durch diese Behörde notwendig waren. In diesem Falle ging, soweit das Verbrechen nach §§ 270, 268 StGB. in Betracht kommt, der Vorsatz des Angekl. dahin, die verfälschte Urkunde zunächst seinem Vermieter und dann durch den gutgläubigen Vermieter gewissermaßen als sein Werkzeug dem FinA. vorzulegen; sein Vorsatz war also auf einen wiederholten, fortgesetzten Gebrauch der Urkunde gerichtet; das durch den einheitlichen, auf den Gesamterfolg gerichteten Vorsatz zusammengehaltene fortgesetzte Verbrechen ist zwar zur Vollendung gekommen, wäre aber erst mit der Vorlage an das FinA. beendet worden. Soweit der Betrug in Frage steht, ging der Vorsatz des Angekl. in diesem Falle dahin, das FinA. durch Vorlage der verfälschten Urkunde zu täuschen, es dadurch zum

Nachlaß der vollen Mietsteuer zu veranlassen und so das Vermögen des Staates zu beschädigen. Das Vergehen des Betrugs ist nicht zur Vollendung gekommen, sondern im Versuchsstadium steckengeblieben, weil der zuständige Beamte des FinA. nicht getäuscht worden ist. Nach der Vorstellung des Angekl. war es zur Herbeiführung des strafbaren Erfolges notwendig, daß er das über den Nachlaß der Mietsteuer entscheidende FinA. durch Vorlage der gefälschten Bestätigung durch den gutgläubigen Vermieter täusche; die Tätigkeit des Angekl. zur Herbeiführung des gewollten Erfolges war in diesem Falle nach seiner eigenen Vorstellung erst mit der Vorlage der gefälschten Bestätigung durch den gutgläubigen Vermieter an das FinA. und mit der Täuschung des FinA. abgeschlossen; erst in diesem Zeitpunkt ist der Versuch begangen i. S. der Best. des § 2 StraffreihG. Da die Vorlage der verfälschten Urkunde durch den gutgläubigen Vermieter an das FinA. erst am 10. Aug. 1934 erfolgt ist, sind in diesem Falle das fortgesetzte Verbrechen des Gebrauchs einer Falschurkunde und das Vergehen eines Betrugsversuchs erst an diesem Tage „begangen".

Im Falle a ist also die für die Einstellung des Verfahrens nach § 2 StraffreihG. notwendige Voraussetzung der Begehung der Zuwiderhandlung vor dem 2. Aug. 1934 in vollem Umfange gegeben, im Falle b dagegen in vollem Umfange nicht gegeben; insbes. schließt bezüglich des fortgesetzten Verbrechens nach §§ 270, 268 StGB. die Fortsetzungstat auch hinsichtlich der vor dem 2. Aug. 1934 verübten Einzelhandlung die Niederschlagung aus (vgl. RGSt. 54, 318; GoltdArch. 68, 381). Der bisher festgestellte Sachverhalt läßt in tatsächlicher Beziehung nicht mit Sicherheit erkennen, daß der Angekl. der Meinung gewesen ist, es bedürfe zur Herbeiführung der Mietsenkung nur der Vorlage der verfälschten Bestätigung an den Vermieter und nur der Täuschung des Vermieters. Ist aber die Möglichkeit nicht ausgeräumt, daß der Angekl. den Vorsatz hatte, die verfälschte Urkunde dem FinA. vorzulegen, diese Behörde zu täuschen und das Vermögen des Staates zu beschädigen, so sind nach Vorstehendem die Voraussetzungen für den Eintritt der Straffreiheit nach § 2 StraffreihG. zur Zeit nicht dargetan und ist die Einstellung des Verfahrens zu Unrecht erfolgt.

(OLG. München, Beschl. v. 15. Febr. 1935, 2 Ws Nr. 55/35.) [H.]

Landgerichte: Zivilsachen

Hamburg

57. § 138 BGB. *Es widerspricht nicht den guten Sitten, wenn der Hauseigentümer von dem Mieter für die Genehmigung zum Eintritt eines neuen Mieters in den laufenden Mietvertrag eine Abstandssumme verlangt.* †)

Der Kl. hatte im Dez. 1933 vom Bekl. Gastwirtschaftsräume gemietet. Der Vertrag war auf 5 Jahre fest abgeschlossen. Die monatliche Miete betrug zuerst 175 *RM*, später 200 *RM*.

Aus Familienrücksichten hatte der Kl. am 15. Okt. 1934 die Wirtschaft verkaufen und den Bekl. bitten müssen, ihn aus dem Vertrage zu entlassen und den Käufer als Mieter aufzunehmen. Hierfür hat der Kl. und der Käufer dem Bekl. vereinbarungsgemäß 5% des 6000 *RM* betragenden Kaufpreises, also 300 *RM* bezahlt, und zwar der Kl. 200 *RM* und der Erwerber 100 *RM*.

Mit der Klage fordert der Kl. die gezahlten 200 *RM* nebst Zinsen zurück, indem er behauptet, die Zahlung dieses Abstandes verstoße gegen die Vorschr. des § 49 a MietSchG. und die guten Sitten.

AG. und LG. haben die Klage abgewiesen.

Der Vortrag des Kl., insbes. auch seine Bezugnahme auf die Gründe des LG. Berlin: JW. 1935, 1112 vermag das Gericht nicht zur Aufgabe seiner in langjähriger Praxis häufig begründeten Stellungnahme zur Frage der Rechtsgültigkeit derartiger Abstandsforderungen und damit zur Preisgabe der ihr zugrunde liegenden rechtlichen und wirtschaftlichen Erwägungen zu veranlassen, die dazu geführt haben, dem Vermieter bei einem Geschäftsverkaufe seines Mieters für dessen Entlassung aus seinen Vertragsverpflichtungen und für die Aufnahme des Käufers in den Mietvertrag eine angemessene Vergütung — im allgemeinen etwa 5% des Kaufpreises — zuzubilligen. Die Gründe für diese ständige Rspr. der Mietekammer sind so oft und ausführlich in Hamburger Druckschriften veröffentlicht, daß ihre eingehende Wiedergabe hier unnötig erscheint. Sie beruhen u. a. hauptsächlich auf dem Gedanken, daß einmal der Vermieter mit der Aufnahme eines neuen und unbekannten Mieters an Stelle des bisherigen, der seinen Vertragsverpflichtungen nachgekommen ist, fast immer ein je nach Sachlage verschieden großes Risiko eingeht, für das er eine Vergütung in irgendeiner Form — sei es Mieteerhöhung oder Vertragsverlängerung od. dgl. — verlangen kann, und daß zum andern ein wesentlich mitbestimmender Faktor für den Geschäftsbetrieb des Mieters und für den erreichbaren Verkaufspreis die bauliche Einrichtung und die Lage der Mieträume ist, für die der Mieter zwar während ihrer vertragsmäßigen Benutzung die angemessene Miete entrichtet, auf deren geldliche Ausnutzung bei einem Geschäftsverkauf er aber keinen vertraglichen oder gesetzlichen Anspruch hat, wenn nicht eine solche ausdrücklich vereinbart und damit Bestandteil der gesamten Vertragsbeziehungen zwischen Vermieter und Mieter geworden ist.

Auch die Bezugnahme des Kl. auf das Berliner Urteil kann diese rechtliche Beurteilung des Tatbestandes nicht ändern. Einmal ist aus den Entscheidungsgründen, soweit sie wiedergegeben sind, nicht zu ersehen, ob sie auf demselben Sachverhalte beruhen wie hier, ob also der Käufer in einen bestehenden, hier noch bis 1938 laufenden Mietvertrag eingetreten war oder ob der Vermieter dem Käufer mit Rücksicht auf den vereinbarten Abstand einen neuen Vertrag nach Ablauf des alten gewährt hat, was allein schon zu einer abweichenden Beurteilung führen könnte. Aber auch wenn der Sachverhalt hier wie dort derselbe wäre, ständen einigen wesentlichen Feststellungen und Folgerungen des angezogenen Urteils so erhebliche Bedenken entgegen, daß dieses Gericht die in ihm aufgestellten Grundsätze nicht anzuerkennen vermöchte. So erscheint schon die für das ganze Urteil grundlegende Feststellung, daß der Grundeigentümer dem kleinen gewerbetreibenden Volksgenossen gegenüber immer — und zumal in der jetzigen Zeit — der wirtschaftlich Stärkere sei und bei derartigen Vereinbarungen seine wirtschaftliche Überlegenheit ausnutzen könne, mindestens in dieser verallgemeinernden Form sehr anfechtbar. Ebenso bedenklich erscheint es diesem Gerichte, heute einseitig zugunsten einer Vertragspartei einen vor einer langen Reihe von Jahren anerkanntermaßen vorhandenen Tatbestand (die Üblichkeit derartiger Abstandszahlungen und ihre grundsätzliche richterliche Anerkennung) nachträglich aufheben oder abändern zu wollen, ohne auch dem anderen Vertragsteil die Möglichkeit bieten zu können, die bei Kenntnis der entgegengesetzten rechtlichen Beurteilung für ihn ohne weiteres gegebene Konsequenz zu ziehen, einen Vertrag mit dem Käufer des Geschäftes abzulehnen, wozu er zweifellos berechtigt gewesen wäre, da ein Kontrahierungszwang für ihn weder damals bestand, noch heute als bestehend anerkannt wird. — Dieses Gericht ist der Überzeugung, daß eine allgemeine Anwendung der in dem Urteil entwickelten Rechtsgrundsätze zu einer in ihren Folgen unabsehbaren Erschütterung der Rechtssicherheit führen würde; denn es wäre nicht nur vorauszusehen, daß nunmehr alle Ladenmieter, die durch eine in diesen Jahren übliche und als zulässig angesehene Abstandszahlung ihr Geschäft erworben haben, diese zurückfordern würden, sondern die allgemeine Anerkennung des Grundsatzes, daß die angeblich heute geltenden Rechtsauffassungen unbedenklich auf die in früheren Jahren vorhandenen Tatbestände und Rechtsbeziehungen angewandt werden müßten, würde notwendig weite andere Rechtsgebiete ergreifen und auf ihnen dieselben Umwälzungen hervorrufen.

Jedenfalls würde die wahrscheinliche Folge des Verbots derartiger Abstandsforderungen die sein, daß ein Vermieter seinen sicheren Mieter aus seinen Vertragsverpflichtungen nicht entlassen und einen ihm angebotenen für dessen Geschäft nicht als Mieter aufnehmen würde, so daß mancher Ladenmieter, der sich die Möglichkeit des Geschäftsverkaufs bei Vertragsschluß nicht vorbehalten hat, einfach keine Möglichkeit hätte, sein durch eigene Tüchtigkeit hochgebrachtes Geschäft zu verkaufen. Der Kl. weist deshalb mit Recht darauf hin, daß es bei dieser Sachlage gerade dem Gemeinschaftsgedanken und der Billigkeit entspricht, wenn dem Vermieter als demjenigen, dem einer der preisbildenden Faktoren bei einem Geschäftsverkauf zuzurechnen ist, eine angemessene Beteiligung am Erlöse desselben gewährt wird.

(LG. Hamburg, 7. ZK., Urt. v. 21. Juni 1935, 7 S 89/35.)

Anmerkung: Die Entsch. des LG. Hamburg verdient gegenüber dem Urteil des LG. Berlin v. 30. Jan. 1935: JW. 1935, 1112, den Vorzug. Die Gründe, welche das Hamburger Urteil zur Begründung seines Rechtsstandpunktes anführt, sind durchweg überzeugend, insbes. müssen die Ausführungen, mit denen zu dem Berliner Urteil Stellung genommen wird, als zutreffend bezeichnet werden. Der maßgebende Gesichtspunkt, von dem das Berliner Urteil getragen wird, nämlich die Annahme, daß der Hauseigentümer gegenüber dem kleinen gewerbetreibenden Mieter eine wirtschaftliche Überlegenheit besitze und diese wirtschaftliche Überlegenheit nicht die Forderung einer Abstandssumme rechtfertige, kann nicht überzeugen. Dieser Gesichtspunkt würde nur dann maßgebend sein, wenn im Einzelfalle ein Hauseigentümer, dessen wirtschaftliche Überlegenheit wirklich festgestellt wäre, diese stärkere Stellung im Wirtschaftsleben zur Ausbeutung eines wirtschaftlich schwächeren Mieters benutzt

hat. Hier aber eine allgemeine Regel aufzustellen, dürfte zum mindesten zu weitgehend sein, denn es sind durchaus Fälle denkbar — und diese gehören wohl nicht zu den Seltenheiten —, in denen der Gewerbetreibende gegenüber dem Hauseigentümer der bei weitem wirtschaftlich Stärkere ist. Wie würde denn in einem solchen Falle das LG. Berlin wohl seine Entsch. treffen? Zutreffend weist das Hamburger Urteil auch darauf hin, daß seitens des neuen Hauseigentümers ja auch eine Leistung bestehe, die einer Vergütung wert ist.

Für die Zukunft werden die Entsch. beider Urteile nicht mehr praktische Bedeutung erlangen, denn nach einem Bericht in der Tagespresse ist das Fordern und Einziehen von Abstandssummen in einem Erlaß des Reichskommissars für Preisüberwachung an die Spitzenorganisationen der Hausbesitzer überhaupt grundsätzlich untersagt worden.

RA. u. Notar Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

Landgerichte: Strafsachen

Berlin

58. Eine gemäß § 27b StGB. an Stelle einer verwirkten Freiheitsstrafe verhängte Geldstrafe von mehr als 1000 RM fällt auch nicht unter das StraffreihG. v. 7. Aug. 1934, wenn die verwirkte Freiheitsstrafe weniger als 6 Monate beträgt.

Der BeschwF. wendet sich dagegen, daß eine Anwendung des StraffreihG. auf die an Stelle zweier Freiheitsstrafen von 8 und 10 Wochen Gefängnis zuerkannten Geldstrafen von 1400 und 1750 RM abgelehnt worden ist.

Die Geldstrafe, auf die im Wege des § 27 b StGB. erkannt worden ist, ist nach übereinstimmender Meinung der Rspr. und des Schrifttums eine echte und primäre Strafe. Sie ist, wie in der Beschwerdeschrift richtig ausgeführt wird, zwar eine mildere Strafart, will aber nicht, gegenüber der zunächst verhängten Freiheitsstrafe eine mindere Strafe sein. Denn die Geldstrafe des § 27 b will den Betroffenen zwar vor dem Gefängnis bewahren, ihren Strafzweck aber in gleichem Maße erreichen. Daraus ergibt sich, daß der in der Beschwerdeschrift herangezogene Grundsatz a maivre ad minus nicht ohne weiteres zugunsten des zu einer Geldstrafe an Stelle einer Freiheitsstrafe Verurteilten angewendet werden kann. Dagegen spricht aber vor allem der Wortlaut des Gesetzes, nachdem eine Einstellung nur dann erfolgen kann, wenn keine höhere Strafe oder Gesamtstrafe als Geldstrafe bis zu 1000 RM oder Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten bzw. 500 RM oder Freiheitsstrafe bis zu 3 Monaten, allein oder nebeneinander, zu erwarten ist oder darauf erkannt worden ist. Sowohl § 1 als auch § 2 legen übereinstimmend diese Grenzen fest. Hätte das Gesetz auch die gem. § 27 b StGB. verhängten Geldstrafen, die 1000 RM übersteigen, deren zunächst erkannte Freiheitsstrafen aber die Höchstgrenze von 6 Monaten nicht erreichen, erfassen wollen, so hatte es eines besonderen Hinweises bedurft. Aus der klaren und eindeutigen Begrenzung der Strafen — im vorl. Fall besonders der Geldstrafen —, ist ohne weiteres zu erkennen, daß es im Sinne des Gesetzes liegt, nur kleinere Beträge bis zu 1000 RM zu treffen. Denen aber zu helfen, die zwar an sich keine höhere Freiheitsstrafen als 6 bezw. 3 Monate verwirkt haben, denen aber das Gericht einerseits die Vergünstigung einer milderen Strafart gewährte, andererseits jedoch wegen der Schwere des Rechtsbruches eine verhältnismäßig hohe Geldstrafe auferlegte, liegt nicht im Sinne dieser Amnestie.

(LG. Berlin, Beschl. v. 26. Febr. 1935, [513] 80 KM 9/34 [127/34].)

Anmerkung: Der Entsch. ist unbedenklich zuzustimmen (vgl. meine Ausführungen JW. 1934, 2300).

OLGR. Dr. K. Schäfer, Berlin.

*

59. §§ 140, 144 StPO. Ein jüdischer RA. kann nicht als Offizialverteidiger beigeordnet werden.

Die Beiordnung des RA. ... als Pflichtverteidiger wird abgelehnt. RA. ... ist Nichtarier, während der Angeschuldigte arischer Abkunft ist.

Es ist allerdings richtig, daß die Beiordnung nichtarischer Anwälte für einen Angeschuldigten arischer Abkunft nach den Best. des Gesetzes nicht verboten und das andererseits durch Verwaltungsanordnung den Gerichten bei Entsch. über Anträge auf Bestellung von Verteidigern die möglichste Berücksichtigung von Wünschen der Antragsteller nach Beiordnung eines bestimmten RA. empfohlen ist. Dennoch wird im Regelfalle die Beiordnung eines nichtarischen RA. für einen Angeschuldigten arischer Abkunft nicht angezeigt sein.

Die Auswahl des zu bestellenden Verteidigers ist durch § 144 StPO. in das freie Ermessen des Vorsitzenden des Gerichts gestellt. Bei Handhabung des pflichtgemäßen Ermessens ist durch diesen außer den berechtigten Wünschen des Angeschuldigten aber auch zu berücksichtigen, ob nach gesunder Volksanschauung gerade die Beiordnung dieses Verteidigers wünschenswert erscheint. Diese Erwägung wird im Regelfalle dazu führen, daß bei der Bestellung von Pflichtverteidigern in erster Linie arische Anwälte zu bestellen sind, da die nach den Grundsätzen des Nationalsozialismus ausgerichtete Anschauung des überwiegenden Teils der Bevölkerung verlangt und erwartet, daß die an Pflichtverteidiger zur Auszahlung gelangenden öffentlichen Mittel, gerade bei der gegenwärtigen Not der deutschen Anwaltschaft, bevorzugt arischen Anwälten zugute kommen. Daran ändert auch nichts, daß diejenigen nichtarischen Anwälte, deren Zulassung nicht widerrufen worden ist, nach dem Gesetz den arischen Anwälten gleichstehen. Denn diese Gleichstellung bezieht sich nur auf ihre Zugehörigkeit zum Anwaltsstand als solchem mit den sich daraus ergebenden Rechten. Es folgt daraus aber noch nicht, daß diese Anwälte auch einen Anspruch auf gleiche Berücksichtigung bei der Bestellung zu Offizialverteidigern hätten. Ein Anspruch auf Bestellung zum Pflichtverteidiger steht überhaupt keinem Anwalt zu. Maßgebend für die Auswahl des Verteidigers sind vielmehr nur die Belange des Angeschuldigten und des Volksganzen. Wenn sich die auf dieser Grundlage ergehenden Entsch. wirtschaftlich auch nachteilig zuungunsten der nichtarischen Anwälte auswirken, so wird doch durch diese durch das pflichtgemäße Ermessen regelmäßig gebotene Entsch. irgendein Recht der nichtarischen Verteidiger oder der um ihre Beiordnung bittenden Angeschuldigten nicht verletzt.

Besondere Umstände, die ausnahmsweise dennoch die Beiordnung des RA. ... rechtfertigen würden, liegen nicht vor. Der Umstand, daß dieser den Angeschuldigten bereits früher jahrlang rechtlich beraten hat, allein ist nicht geeignet, seine Beiordnung nach pflichtgemäßen Ermessen als geboten erscheinen zu lassen. Denn nach der Sach- und Rechtslage wird es auch jedem anderen RA. unschwer möglich sein, sich in Kürze so in die Sache einzuarbeiten, daß er die Verteidigung ohne Nachteil für den Angeschuldigten übernehmen kann.

(LG. Berlin, 7. GrStrK., Beschl. v. 20. Juni 1935, [507] 1 Kra I 25/32 [46/35].)

*

Oppeln

60. § 68 RAGebO. Gebührenanspruch des zum notwendigen Verteidiger bestellten RA. für den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens und für Vertretung in der erneuten Hauptverhandlung.

RA. H. war dem Angekl., gegen den Anklage wegen Meineids erhoben worden war, als Offizialverteidiger beigeordnet worden und hatte unter Bezugnahme auf diese Beiordnung eine Vollmacht des Angekl. überreicht. Nach rechtskräftiger Verurteilung hatte er ohne erneute Bestellung zum Offizialverteidiger zunächst ein Gnadengesuch für den Angekl. gestellt und später einen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens. Er beantragt Erstattung von je 40 RM Gebühr für das Gnadengesuch und für den Antrag auf Einleitung des Wiederaufnahmeverfahrens sowie 80 RM für die Vertretung in der erneuten Hauptverhandlung.

Die Beiordnung als Pflichtanwalt erstreckt sich nicht auf Gnadenverfahren, daher kann hierfür nicht Erstattung einer Gebühr gefordert werden. Die Beiordnung als Pflichtanwalt im früheren Verfahren vor dem SchwG. enthält die Befugnis des Verteidigers zum Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 366 StPO.) und erstreckt sich somit auch auf dieses Verfahren, so daß die Gebühr nach § 68 Ziff. 3 RAGebO. dem früher bestellten Pflichtanwalt zusteht (vgl. RGSt. 22, 97).

Anders verhält es sich mit dem erneuerten Verfahren vor dem SchwG.; durch die Erneuerung erlischt die frühere Beiordnung, und das neue SchwG. hat die Notwendigkeit der Verteidigung selbst zu prüfen und den Pflichtanwalt zu bestellen (RGSt. 29, 281). RA. H. kann daher den Gebührenanspruch aus der früheren Beiordnung nicht herleiten. Er ist aber stillschweigend vom SchwG. der erneuerten Hauptverhandlung beigeordnet worden. Das ist daraus zu entnehmen, daß das SchwG. nicht einen anderen Verteidiger beigeordnet hat, obwohl die Notwendigkeit der Verteidigung offenlag, und daß die Vollmacht des RA. H. — die einzige, die sich bei den Akten befindet und auf Grund deren er zur erneuten Hauptverhandlung geladen wurde —, von ihm seinerzeit ausdrücklich unter Hinweis auf die Eigenschaft als Pflichtanwalt überreicht worden ist. Damit ist ihm auch die Gebühr für die erneuerte Hauptverhandlung erwachsen.

(LG. Oppeln, Beschl. v. 6. Juli 1935, 3 Ks 1/35.)

Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden

61. 1. Beamte i. S. des § 5 Abs. 2 ArbGG. und des § 13 Abs. 6 SchwerbeschG. sind auch die mittelbaren Staatsbeamten. Zu ihnen gehören die Beamten der früheren Landwirtschaftskammern (Rechtsnachfolger nach § 6 VO. v. 8. Dez. 1933: der Reichsnährstand).

2. Wer vor dem Inkrafttreten des BRÄndG. v. 30. Juni 1933 unter Beachtung der damals geltenden Vorschriften in ein Beamtenverhältnis berufen worden ist, besitzt Beamteneigenschaft.

Die Landwirtschaftskammern gehören nach ihren Aufgaben, ihrer Verfassung und ihrer Eingliederung in den staatlichen Organismus zu den Körperschaften des öffentlichen Rechts und ihre Beamten sind mittelbare Staatsbeamte (RG. v. 29. Okt. 1907, III 107/07: JW. 1907, 754 [30]; PrOVG., Präjudiz v. 28. Nov. 1902: MBliV. 1903, 14; Entsch. des PrOVG. 42, 71). Vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten aus ihrem Beamtenverhältnis gehören nicht zur Zuständigkeit der ArbG., da die öffentlichen Beamten nach § 5 ArbGG. keine Arbeitnehmer sind. Durch das Urteil des ArbG. ist die von dem Bekl. dieserhalb erhobene Einrede der Unzuständigkeit des ArbG. rechtskräftig verworfen worden. Wie sich aus den Gründen dieses Urteils ergibt, ist das ArbG. davon ausgegangen, daß der Kl. Beamtenrechte gar nicht geltend machen wolle, sondern den geltend gemachten Anspruch allein auf ein Angestelltenverhältnis stütze. Lediglich für den auf das Angestelltenverhältnis gestützten Anspruch hat es seine Zuständigkeit bejaht. Zu der Frage, ob der Kl. Beamteneigenschaft besaß oder nicht, hat es — entgegen der vom Kl. vertretenen Auffassung — keine Stellung genommen. Die Rechtskraft dieses Urteils steht daher einer Nachprüfung der auch im weiteren Verfahren von dem Bekl. geltend gemachten Beamteneigenschaft des Kl. nicht entgegen.

Soweit die Rev. des Bekl. rügt, daß die Beamteneigenschaft des Kl. vom LArbG. zu Unrecht verneint sei, ist anzuerkennen, daß die Begr., mit der die Beamteneigenschaft des Kl. verneint worden ist, auf einer unrichtigen Anwendung der Best des BRÄndG. v. 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433) beruht. Das LArbG. hat verkannt, daß für die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes in das Beamtenverhältnis berufenen Personen nach § 5 Abs. 1 und § 6 des Ges. die strenge Form des § 3 Abs. 1 nicht gewahrt zu sein braucht, daß vielmehr hiernach Beamteneigenschaft besitzt, wer vor dem Inkrafttreten des Gesetzes als Beamter unter Beachtung der zur Zeit seiner Berufung etwa in Geltung gewesenen besonderen Vorschr. in das Beamtenverhältnis berufen worden ist. Daß das Schreiben der Landwirtschaftskammer v. 18. Juni 1933 seinem Wortlaute nach eine Berufung des Kl. als Beamter enthält, kann nicht zweifelhaft sein, und es wird sich nur fragen, ob nach den für die Landwirtschaftskammer zur Zeit dieser Berufung geltenden Best. die Anstellung von Kündigungsbeamten — um eine solche handelte es sich nach dem Inhalte des Schreibens — zulässig war (vgl. hierzu RG. v. 19. März 1929, III 270/28: R. u. PrVerwBl. 1929, 637), und ob im übrigen die für die Berufung von Beamten der Landwirtschaftskammer damals geltenden Vorschr. beobachtet worden sind.

War der Kl. aber durch die im Schreiben v. 18. Juni 1931 erfolgte Berufung in das Beamtenverhältnis Beamter, wenn auch nur ein im Kündigungsverhältnis stehender, geworden, so kam § 13 Abs. 1 Satz 1 SchwBeschG. für die Kündigung seines Dienstverhältnisses nicht in Betracht. Nach § 13 Abs. 6 dieses Gesetzes finden die Vorschr. des § 13 auf Reichs- und Landesbeamte keine Anwendung. Zu den Landesbeamten gehören nach Sprachgebrauch und Rspr. aber auch die mittelbaren Staatsbeamten, das sind diejenigen Beamten, die bei einer dem Staate untergeordneten, bei der Erfüllung der staatlichen Aufgaben mitwirkenden Körperschaft im Beamtenverhältnis angestellt sind. Zu ihnen gehören, wie bereits oben hervorgehoben worden ist, nach der Rspr. die bei den Landwirtschaftskammern angestellten Beamten. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb unter den Landesbeamten i. S. des § 13 Abs. 6 SchwBeschG. etwa nur der unmittelbare Staatsbeamte verstanden sein sollte (ebenso Kaesehagen: Volkswohlfahrt 1928, 965; Schoppen, Anm. 23 zu § 13 SchwBeschG.). Die gleiche Auffassung liegt dem Erlasse des PrMdJ. v. 24. Mai 1928 (MBliV. 1928, 551) zugrunde, wonach die Kommunalbeamten zu den Landesbeamten i. S. des § 13 Abs. 6 SchwBeschG. zu zählen sind. War aber der Kl. durch die Berufung v. 18. Juni 1933 Kündigungsbeamter der Landwirtschaftskammer geworden, so bedurfte es zu der mit Schreiben v. 23. Nov. 1923 ausgesprochenen Kündigung der Zustimmung der HFürsSt. nach § 13 SchwBeschG. überhaupt nicht. Daß der Kl. selbst der Meinung gewesen ist, er sei nicht Beamter, sondern Angestellter, ist für die hier in erster Linie in Betracht kommende Frage unerheblich. Die Notwendigkeit der Zustimmung zur Kündigung nach § 13 SchwBeschG. ist nach der objektiven Rechtslage zu beurteilen.

(RArbG., Urt. v. 18. Mai 1935, RAG 260/34. — Königsberg.)

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Arlt und Bodenstein und den Reichsfinanzräten Ott und Sölch

[× Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

1. Reichsabgabenordnung

62. § 104 RAbgO.; § 43 RBewVermStDurchfBest. 34/35. **Der Zwangsverwalter eines Grundstücks (§ 152 ZwVerwG.) ist verpflichtet, dem Finanzamt die erforderlichen Angaben über die steuerlichen Bewertungsgrundlagen für das Grundstück zu machen.**

Der BeschwF. ist gerichtlicher Zwangsverwalter eines seit dem 1. Juli 1932 unter Zwangsverwaltung stehenden Grundstücks. Von den beiden Eigentümern lebt der eine im Ausland, der andere ist unbekannten Aufenthalts. Beide bekümmern sich nicht um das Grundstück. In Streit ist, ob der Zwangsverwalter verpflichtet ist, die ihm vom FinA. zugesandte Anlage zur Hausliste zwecks Vorbereitung der Grundstücksbewertung auszufüllen. Die Frage ist nicht damit beantwortet, daß im § 12 der VO. über die Bewertung bebauter Grundstücke v. 10. Nov. 1934 (RGBl. I, 1109) — an dessen Stelle später § 43 der DurchfBest. z. RBewG. v. 2. Febr. 1935 (RGBl. I, 90) getreten ist (vgl. § 91 Abs. 2) — den Grundstückseigentümern die Angaben über die Bewertungsgrundlagen für ihren Grundbesitz auferlegt sind, denn die Frage geht dahin, inwieweit dem Zwangsverwalter kraft seines Amtes und in Vertretung des Grundstückseigentümers die steuerliche Auskunftspflicht obliegt. Nach § 152 ZwVerstG. hat der Zwangsverwalter eines Grundstücks das Recht und die Pflicht, alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten und ordnungsmäßig zu benutzen. Nach § 104 RAbgO. hat der Zwangsverwalter, soweit seine Verwaltung reicht, alle Pflichten zu erfüllen, die dem Grundstückseigentümer obliegen, insbes. dafür zu sorgen, daß die Steuern aus den Mitteln, die er verwaltet, entrichtet werden. Die Sorge für die Erhaltung und ordnungsmäßige Benutzung des Grundstücks umfaßt nicht nur die dazu erforderlichen privatwirtschaftlichen Maßnahmen, sondern auch die aus dem Eigentum, Besitz und der Nutzung sich ergebenden öffentlich-rechtlichen Aufgaben; es ist nicht ersichtlich und würde auch nicht verständlich erscheinen, wenn das Gesetz hier die öffentlich-rechtlichen Aufgaben hinter die privatwirtschaftlichen zurücktreten lassen wollte. Die mit der Wahrung dieser öffentlich-rechtlichen Geschäfte verbundene Verantwortlichkeit dem Eigentümer gegenüber, auf die der BeschwF. hinweist, ist ja auch mit allen seinen privatwirtschaftlichen Maßnahmen verbunden. Mit Recht hat das RG. daher (RGZ. 83, 92) ausgesprochen, daß dem Zwangsverwalter auch die Entschließung darüber obliege, ob er die Veranlagung zu einer öffentlichen Abgabe, die ihm gegenüber zu geschehen hat, als richtig anerkennen oder durch Rechtsmittel anfechten will. Die nicht ganz damit in Einklang stehende Auffassung des PrOVG. (OVG. 66, 173; vgl. auch Rspr. der OLG. 30, 125), daß die Heranziehung zur Gemeindegrundsteuer an den Eigentümer und nicht an den Zwangsverwalter zu richten sei, wird durch die Begr., daß das Grundstück der Substanz nach wie vor durch den Eigentümer vertreten werde, nicht gedeckt, denn die Entsch. über eine auf dem Grundstück lastende oder mit dem Eigentum oder Besitz am Grundstück verbundene Steuer richtet sich nicht gegen die Substanz des Grundstücks — wie denn diese Steuern bei wirtschaftlicher Betrachtung der Dinge auch nicht aus der Substanz, sondern aus dem Ertrag gezahlt werden —, und die Entschließung über die Einlegung eines Rechtsmittels hiergegen ist keine Verfügung über die Substanz des Grundstücks, sondern eine im Rahmen der Verfügung über Grundstückserträge liegende Verwaltungshandlung. Der RFH. hat in VA 923/32 v. 23. Dez. 1932 (RStBl. 1933, 71) den Rechtssatz aufgestellt, daß dem Zwangsverwalter für das unter Zwangsverwaltung stehende Grundstück die Erfüllung der aus der Verwaltung erwachsenden Pflichten des Steuerpflichtigen hinsichtlich der Umsatzsteuer obliege. Der Zwangsverwalter selbst hat anerkannt, daß ihm die Verpflichtung zur Abgabe der Umsatzsteuervoranmeldungen und zur Leistung entsprechender Vorauszahlungen obliege, weil es sich um einen Teil der Verwaltung handle, die ihm durch Gesetz übertragen sei. Diese Auffassung und Begründung ist zutreffend. Das Entscheidende ist allerdings nicht, daß die Geschäfte, an die sich die Umsatzsteuerpflicht knüpft, vom Zwangs-

verwalter getätigt sind, sondern daß es sich ebenso wie bei sonstigen laufenden und wiederkehrenden Geschäften hier überall nicht um Verfügungen über die **Substanz** eines Grundstücks handelt, sondern lediglich um eine Verwaltung, Nutzung und Ertragsverwendung. Auf der gleichen Linie liegt die auch vom PrOVG. (OVG. 32, 335) anerkannte Rechtsauffassung, daß der **Baupolizeibehörde** gegenüber der Zwangsverwalter den Eigentümer vertrete.

Hiernach ist der Vorbehörde beizutreten, wenn sie den Zwangsverwalter für verpflichtet gehalten hat, auf Grund seines Amtes in Vertretung des Grundstückseigentümers die der Vorbereitung der Grundstücksbewertung und -versteuerung dienende Ausfüllung der Anlage zur Hausliste vorzunehmen. Mit dem Erbieten des BeschwF., „**unverbindlich** und nach bestem Wissen und Gewissen auf Anfrage des FinA. Angaben über die Grundstücksverhältnisse zu machen, soweit er dazu in der Lage ist", ist den Staatshoheitsbelangen und den öffentlich-rechtlichen Bedürfnissen der Staatsverwaltung natürlich nicht gedient.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 14. März 1935, III A 76/35.)

*

× **63.** § 116 Abs. 1 RAbgO. 1931. **Der Ersteher eines Grundstücks in der Zwangsversteigerung haftet nicht für die Steuerschulden eines Unternehmers, der vom Vollstreckungsschuldner das Grundstück ganz oder teilweise gepachtet hat.**

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 3. Mai 1935, V A 189/35 S.)

<= RFH. 37, 316.>

*

64. § 218 Abs. 4 RAbgO. **Ist im Rechtsmittelverfahren gegen den Einheitswert eines Grundstücks eine in diesen einbezogene subjektiv-dingliche Gewerbeberechtigung ausgeschieden worden, so ist der Einheitswertbescheid für das Betriebsvermögen, auch wenn er rechtskräftig ist, durch einen neuen Bescheid zu ersetzen, in dem einerseits das Grundstück mit seinem verminderten Einheitswert, anderseits die Gewerbeberechtigung als Gegenstand des Betriebsvermögens bewertet wird.**

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 11. April 1935, III A 72/35.)

*

65. §§ 222 Abs. 1 Ziff. 2, 225 RAbgO. 1931 (i. d. Fass. bis zum 31. Dez. 1934); § 4 Abs. 3 Ziff. 2 StAnpG. **Ein Beschluß der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, eine früher beschlossene Kapitalerhöhung mit rückwirkender Kraft wieder rückgängig zu machen, schafft keine neue Tatsache, die eine Berichtigungsfeststellung rechtfertigen könnte, führt auch nicht zum nachträglichen Wegfall eines Besteuerungsmerkmals mit Wirkung für die Vergangenheit.**

Es handelt sich um die Frage, ob eine am 14. Juli 1931 verfügte Neufeststellung auf den 1. Jan. 1930 und die am 6. Febr. 1932 beschlossene Hauptfeststellung auf den 1. Jan. 1931 im Wege der Berichtigung nach § 222 Abs. 1 Ziff. 2 oder § 225 Abs. 2 RAbgO. a. F. geändert werden kann, weil die GenVers. am 26. April 1932 beschlossen hat, eine am 16. Mai 1930 zum 1. Jan. 1930 verfügte Erhöhung des Stammkapitals um 150 000 *RM* wieder rückgängig zu machen. Beide Feststellungen, deren Berichtigung beantragt wird, sind **rechtskräftig** geworden, die BeschwF. hatte sich auch mit Schreiben v. 29. Juli 1931 mit der Neufeststellung abgefunden.

Die Vorbehörden haben übereinstimmend die Berichtigung abgelehnt das FinA. aus materiellen Gründen, das FinGer. mit dem Hinweis darauf, daß die Voraussetzungen der §§ 222 und 225 RAbgO. (a. F.) nicht gegeben seien.

Hiergegen richtet sich die RBeschw.

Sie ist unbegründet. Den zutreffenden Gründen des FinGer. kann lediglich beigetreten werden. Selbst wenn durch die Buch- und Betriebsprüfung v. 1./2. Dez. 1932 erstmalig bekanntgeworden wäre, daß die GenVers. v. 28. April 1932 einen früheren Beschl. „mit rückwirkender Kraft" aufgehoben habe, so wäre damit keine neue Tatsache bekanntgeworden, die eine niedrigere Veranlagung rechtfertigen könnte. Denn nach der ständigen Rspr. des RFH. (vgl. u. a. das Urt. v. 9. Mai 1933, VI A 434/30: RFH. 33, 276 = StW. 1933 Nr. 640 = RStBl. 1933 Nr. 771 S. 999 = **Mrozeks** Kartei, EinkStG. 1925 § 30, Rechtsspr. 47—50) kann keine steuerliche Wirkung von Abmachungen und Beschl. anerkannt werden, die sich im Verhältnis der Beteiligten zueinander rückwirkende Kraft beilegen. An den Tagen, an denen hier die Neu- und die Hauptfeststellung beschlossen wurden, war das in dem Unternehmen arbeitende Kapital richtig bemessen worden. Die steuerliche Bemessung als ein öffentlich-rechtlicher Akt wurde nicht dadurch unrichtig, daß spätere Beschl. sich rückwirkende Kraft beilegten. Auch § 225 Abs. 2 RAbgO. in der bis zum 31. Dez. 1934 gültig gewesenen Fassung (vgl. jetzt § 4 Abs. 3 Ziff. 2 StAnpG.) gibt keine Handhabe zu einer Berichtigung. Denn hier ist kein Tatbestandsmerkmal nachträglich mit Wirkung für die Vergangenheit weggefallen, vielmehr hat die GenVers. nur ausgesprochen, daß ein Zustand, der früher einmal bestanden hatte, im Innenverhältnis so behandelt werden solle, als habe er nie bestanden. Dieser Fall liegt anders als bei einer erfolgreichen Anfechtung, durch die später nur festgestellt wird, daß ein früher **scheinbar** zustande gekommenes Rechtsgeschäft in **Wirklichkeit** nicht zustande gekommen war. Daß die Kapitalerhöhung vom Jahre 1930 nicht ins Handelsregister eingetragen worden ist, berührt nicht ihre steuerliche Wirkung.

Eine rechtliche Handhabe zur Vornahme von Berichtigungsfeststellungen ist hiernach nicht gegeben.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 14. März 1935, III A 253/34.)

*

× **66.** § 222 Abs. 1 Nr. 1 RAbgO. **Sind die für die Veranlagung der Umsatzsteuer erheblichen Tatsachen in der Umsatzsteuererklärung (oder deren Anlagen) nicht enthalten, sondern nur aus den für die Körperschaftsteuer eingereichten Angaben zu erkennen, so ist eine Berichtigungsveranlagung i. S. von § 222 Abs. 1 Nr. 1 RAbgO. regelmäßig selbst dann zulässig, wenn die beiden Steuern von den gleichen Beamten bearbeitet werden.**

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 29. März 1935, V A 345/34 S.)

<= RFH. 37, 306.>

*

67. § 305 Abs. 2 Satz 2 RAbgO. 1931. **Die RBeschw ist wegen Verhängung eines Zwangsmittels auch dann zulässig, wenn zwar eine Androhung vorausgegangen, über die hiergegen eingelegte Beschw. aber nicht entschieden worden ist und deshalb eine RBeschw. wegen der Androhung nicht eingelegt werden konnte.**

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 14. März 1935, V A 466/34, 64/35.)

---

2. Einkommensteuergesetz

× **68.** §§ 11, 37 EinkStG. **Wenn einem deutschen Steuerpflichtigen bei einer ausländischen Bank Kapitalerträge gutgeschrieben worden sind, in deren Verwertung er durch die in- oder ausländischen Devisenvorschriften behindert ist, ist für die Einkommensteuer dem Grunde nach zunächst ein Zufluß im Augenblick der Gutschrift anzunehmen. Der Wert dieses Zuflusses ist nach dem gemeinen Verkehrswert des Guthabens zu schätzen; der Tageskurswert der ausländischen Währung ist nicht allein maßgebend.**

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 29. Mai 1935, VI 474/34.)

*

69. § 11 Abs. 1 EinkStG. 1925. **Eine im Jahre 1931 bewilligte und bezogene Gehaltserhöhung gilt im Jahre 1931 als zugeflossen, auch wenn die Erhöhung mit Rückwirkung für die Vorjahre bewilligt ist.**

Der Pflichtige ist Direktor eines Elektrizitätswerks. Er hat im Jahre 1931 der Gesellschaftskasse 55 163 *RM* entnommen. Die Vorbehörden haben diese Entnahme im Wege einer Berichtigungsveranlagung als Einkommen des Jahres 1931 behandelt. Der Pflichtige möchte sie auf die Jahre 1927, 1928, 1929 und 1930 verteilt haben und in diesen Jahren versteuern.

Die RBeschw. ist unbegründet.

Wie bereits gegenüber den Vorbehörden, stützt der Pflichtige sein Begehren darauf, daß ihm die der Entnahme entsprechende Gehaltserhöhung bereits im April des Jahres 1927 vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats zugesagt worden sei. Indes kommt es auf diese Zusage nicht ausschlaggebend an. Auch kann dahingestellt bleiben, ob der Pflichtige auf Grund dieser Zusage bereits in den Jahren 1927 bis 1930 die entsprechenden Gehaltserhöhungen hätte entnehmen können. Maßgebend für die steuerliche Beurteilung ist, daß der Aufsichtsrat die Gehaltserhöhung erst im Jahre 1931 genehmigt hat und daß der Pflichtige erst daraufhin die sich aus der Gehaltserhöhung ergebenden Mehrbezüge für die Jahre 1927, 1928, 1929 und 1930 nebst Zinsen tatsächlich entnommen hat. Erst im Jahre 1931 ist ihm also der Betrag von 55 163 *RM* zugeflossen (§ 11 Abs. 1 EinkStG. 1925). Wie das FinGer. mit Recht ausgeführt hat, widerspricht auch das eigene Verhalten des Pflichtigen seinem Verteilungsverlangen. Denn er hat die der Gehaltserhöhung entsprechenden Beträge in seinen Einkommensteuererklärungen für die Jahre 1927, 1928, 1929 und 1930 nicht berücksichtigt und hat auch eine daraus sich ergebende Forderung an die Gesellschaft in der Vermögensteuererklärung zum 1. Jan. 1931 nicht angegeben.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 22. Mai 1935, VI A 335/35.)

*

70. § 11 Abs. 1 EinkStG. 1925. Zahlungen auf die noch nicht fällige Tantieme gelten regelmäßig auch dann im Zeitpunkt der Zahlung als zugeflossen, wenn die Beträge bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit zu verzinsen sind. Bei Leistungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer aus Anlaß eines Dienstverhältnisses spricht im allgemeinen die Vermutung dafür, daß eine Vorschußzahlung und nicht ein besonderer Darlehnsvertrag beabsichtigt ist.

Die Vorbehörde weist mit Recht darauf hin, daß es für die Frage, wann Tantiemebeträge einem StPfl. anzurechnen sind, auf das wirtschaftliche Zufließen ankommt. Es ist unbestritten, daß der StPfl. mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden der Gesellschaft die Vereinbarung getroffen hat, wonach er schon i. J. 1931 bei der Gesellschaft mit Rücksicht auf seine, erst durch Generalversammlungsbeschluß 1932 fällig werdenden Tantiemeansprüche Abhebungen machen durfte. Das ist auch geschehen.

Allerdings sind die erhaltenen Beträge im Rahmen der zwischen der Gesellschaft und dem StPfl. geführten Kontokorrentrechnung verzinst worden. Das erklärt sich wirtschaftlich daraus, daß der StPfl. die Beträge vor der Fälligkeit erhalten hat. Die Zinsen sollten also ausgleichen, daß er vorher in den Genuß der Tantieme gekommen ist. Für die steuerliche Beurteilung des Zufließens ist das nicht entscheidend. Ausschlaggebend ist vielmehr, daß der StPfl. über die i. J. 1932 fällige Tantieme nicht nur bereits i. J. 1931 verfügen durfte, sondern — wie die Kontenbewegung zeigt — tatsächlich auch verfügt hat. Der Fall liegt im Ergebnis nicht anders, als wenn ein Vorstandsmitglied seine im April 1932 fällige Tantieme in einem Betrag nach Abzug der entsprechenden Zinsen bereits i. J. 1931 erhalten hat. Es bleibt sich im steuerlichen Ergebnis gleich, ob das Vorstandsmitglied als Einkünfte die Tantieme abzüglich Zinsen versteuert oder den vollen Tantiemebetrag versteuert und die Zinsen nach § 15 Abs. 1 Nr. 3 EinkStG. als Ausgaben zum Abzug geltend macht.

Anders läge die Sache, wenn die Arbeitgeberin dem StPfl. unabhängig von der noch nicht fälligen Tantieme einen Kredit eingeräumt, also ein Darlehen gewährt hätte. Bei Leistungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer aus Anlaß eines Dienstverhältnisses spricht im allgemeinen die Vermutung dafür, daß eine Vorschußzahlung und nicht ein besonderer Darlehnsvertrag beabsichtigt ist.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 30. April 1935, VI A 1015/34.)

*

71. §§ 35 Abs. 1 Nr. 2, 37 EinkStG. Grundsätzlich keine Abzugsfähigkeit der Kosten für einen Bücherrevisor, den jemand auf Grund einer Anordnung nach § 160 RAbgO. mit der Verwaltung seines Kapitalvermögens beauftragt. Gegebenenfalls Ausscheidung der besonderen Kosten für die Anmahnung und Einziehung der Hypothekenzinsen und Grundrenten als Werbungskosten.

Das FinA. hat dem BeschwF. nach § 160 RAbgO. aufgegeben, seine Einnahmen einzeln aufzuzeichnen. Der 76 Jahre alte Pflichtige hat damit einen Bücherrevisor beauftragt. Er will das dem Bücherrevisor gewährte Honorar abziehen, weil die Vermögensverwaltung ihm von einem anderen aufgezwungen worden sei. Die Vorbehörden haben den Abzug abgelehnt.

Die RBeschw. ist begründet.

Nach den mit den Angaben des Pflichtigen und dem übrigen Akteninhalt übereinstimmenden Feststellungen des FinGer. hat der Bücherrevisor die erforderlichen Aufzeichnungen und Abschlüsse gemacht, auch hat er bei der Einziehung der Hypotheken- und Wertpapierzinsen mitgewirkt sowie bei der Umlegung usw. von Wertpapieren Dienste geleistet. Das FinGer. ist mit Recht davon ausgegangen, daß dem BeschwF. nur aufgegeben war, Aufzeichnungen zu führen, nicht aber durch einen anderen führen zu lassen. Es handelt sich also im Gegensatz zu einer Testamentsvollstreckung um eine vom Pflichtigen selbst eingesetzte Verwaltung (vgl. Urt. v. 23. Juni 1933, VI A 735/32: StW. 1933 Nr. 699). Dagegen kann dem FinGer. nicht darin beigetreten werden, daß es auch insoweit nicht abzugsfähige Kosten einer Verwaltung von Kapitalvermögen angenommen hat, als es sich um die Anmahnung und Einziehung der Zinsen und sonstigen Einkünfte aus den Hypotheken und Wertpapieren handelt. Der Pflichtige hat angegeben, daß allein die Zinsen aus etwa 60 verschiedenen Hypotheken und Grundrenten einzuziehen waren. Bei den Wertpapieren kommen besondere Kosten nur insoweit in Betracht, als außer der buchmäßigen Behandlung besondere Bemühungen notwendig wurden. Insoweit dient das Honorar an den Bücherrevisor unmittelbar der Ertragssicherung (vgl. Urt. v. 16. März 1932, VI A 272/31: StW. 1932 Nr. 631). Das Urt. muß danach wegen Verletzung des Begriffs der Werbungskosten aufgehoben werden.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 27. März 1935, VI A 715/34.)

*

× **72.** § 83 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 EinkStG. 1925 (§ 43 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 EinkStG. 1934). Gewinnausschüttungen einer AktG. an ihren Aktionär unterliegen auch dann dem Steuerabzug vom Kapitalertrag, wenn sie in verdeckter Form erfolgen.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 3. Juli 1935, VI 1149/33.)

---

3. Körperschaftsteuergesetz

× **73.** § 3 Abs. 2 KörpStG. 1925; §§ 3 Abs. 2, 48 EinkStG. 1925. Ist die gesonderte Berechnung des inländischen technischen Ergebnisses einer ausländischen Versicherungsgesellschaft nach der im Inland befindlichen und der Nachprüfung durch die Finanzbehörden zugänglichen Buchführung nicht möglich, dann hat Schätzung nach dem Verhältnis der im Ausland und Inland vereinnahmten Prämien zu erfolgen.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 30. April 1935, I A 13/35.)

*

74. § 10 KörpStG. Der Verzicht einer Körperschaft auf ein Rückgriffsrecht gegen die mit ihrem Inhaber identischen oder ihm nahestehenden Inhaber einer OHG. kann eine verdeckte Gewinnausschüttung an diese OHG. sein, soweit die Körperschaft bei Geltendmachung des Rückgriffsrechts Befriedigung erwarten kann. Bei Beurteilung der Befriedigungsmöglichkeiten ist die gesamte Leistungsfähigkeit der Inhaber der OHG. nach den Gesichtspunkten in Betracht zu ziehen, die der ordentliche Kaufmann der Beurteilung seines Schuldners zugrunde legt.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 29. April 1935, I A 63/35.)

*

× **75.** §§ 10 Abs. 2 Satz 1, 17 Nr. 4 KörpStG. Die Beurteilung der Frage, ob die von einer AktG. für die Überwachung der Geschäftsführung gezahlten Vergütungen der Mindestbesteuerung unterliegen, hängt nicht entscheidend davon ab, wem die gezahlten Vergütungen schließlich zugute kommen und wie die Vergütungen in der Hand des Empfängers steuerrechtlich zu beurteilen sind.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 28. Mai 1935, I A 18/35.)

*

× **76.** § 10 Abs. 2a KörpStG.; § 34 SteuergutschDurchfBest. Einer Heranziehung der nach § 34 SteuergutschDurchfBest. steuerfreien Einnahmen bei der Mindestbesteuerung nach § 10 Abs. 2a KörpStG. 1925 stehen Rechtsgründe nicht entgegen.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 28. Juni 1935, I A 75/35.)

*

× **77.** § 13 KörpStG.; §§ 13, 19 EinkStG.

1. An der in dem Urteil I A 720/28 v. 30. Sept. 1929, RStBl. 1930, 92, und I A 244/30 v. 10. März 1931, RStBl. 1931, 302, vertretenen Rechtsauffassung, daß unter besonderen Voraussetzungen ein Aktienpaket selbständig — abweichend von den Börsenkursen der einzelnen Aktien — bewertet werden kann, ist festzuhalten. Um ein selbständig zu bewertendes Aktienpaket anzunehmen, müssen bestimmte Vorteile nachweisbar sein, die durch den Erwerb des Aktienpakets erstrebt wurden und die sich in Geld schätzen lassen.

2. Einen solchen in Geld schätzbaren Vorteil stellt die durch den Erwerb von Aktien eines Unternehmens beabsichtigte Beseitigung oder Einschränkung des Wettbewerbes eines anderen Unternehmens dar. In diesem Falle besteht die durch den Pflichtigen widerlegbare Vermutung, daß die Höhe des erreichten Vorteils dem Mehrbetrag entsprechen wird, den der Pflichtige gegenüber dem Tageskurse vergütet hat. Als Teilwert des Aktienpakets wird daher grundsätzlich der gezahlte Kaufpreis anzusehen sein.

3. Die in den Rechtssätzen 1 und 2 aufgestellten Grundsätze haben sinngemäß auch Anwendung zu finden, wenn mehrere Erwerbsgesellschaften, die von einem gleichen Wettbewerbsunternehmen gefährdet sind, gemeinsam ein Aktienpaket erwerben, um den ihnen gemeinsam drohenden Wettbewerb zu beseitigen oder zu vermindern.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 30. April 1935, I A 96/33.)
<= RFH. 37, 334.>

---

4. Umsatzsteuergesetz

≻ **78.** §§ 1 Nr. 1, 2 Nr. 5 UmsStG. 1932. Führt einer der Erben eines durch Tod ausscheidenden Gesellschafters einer OHG. das Unternehmen unverändert fort, und findet er seine an der Gesellschaft nicht beteiligten Miterben in Geld ab, so tritt keine Umsatzsteuerpflicht ein.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 29. März 1935, V A 336/34 S.)

*

≻ **79.** §§ 1 Nr. 2, 2 Nr. 8 UmsStG. 1932. Wenn ein Unternehmen nicht auf Erwerb oder Veräußerung von Grundstücken gerichtet ist, so ist nicht nur die entgeltliche Grundstückslieferung innerhalb des Unternehmens, sondern auch die Entnahme eines Grundstücks zum Eigengebrauch des Unternehmers von der Umsatzsteuer befreit.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 12. April 1935, V A 387/34 S.)

⟨= RFH. 37, 310.⟩

*

≻ **80.** § 2 Nr. 5 UmsStG. 1932. Führt bei der Auflösung einer OHG. einer der Gesellschafter das Unternehmen fort, so tritt keine Umsatzsteuerpflicht ein, sofern er dem ausscheidenden Gesellschafter zur Abfindung für die Aufgabe der Gesellschaftsrechte eine Geldzahlung leistet.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 22. Febr. 1935, V A 306/34 S.)

⟨= RFH. 37, 199.⟩

*

≻ **81.** § 8 Abs. 1 UmsStG. 1932. Auch dann, wenn ein Gewerbetreibender für Körperschaften des öffentlichen Rechts Notstandsarbeiten i. S. von § 139 ArbVermG. i. d. Fass. d. Bek. v. 12. Okt. 1929 (RGBl. I, 162, 181) als Unternehmer ausführt, sind die aus Mitteln der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung zur Verfügung gestellten, für die Entlohnung der Notstandsarbeiter bestimmten und verwendeten Grundförderungszuschüsse bei ihm keine durchlaufenden Posten (RFH. 26, 229).

(RFH., Urt. v. 27. April 1935, V A 478/34 S.)

⟨= RFH. 37, 319.⟩

*

≻ **82.** § 16 Abs. 2 UmsStG. 1926; § 17 Abs. 2 UmsStG. 1932; § 46 ZündwMonG. Die nach § 46 ZündwMonG. von den Zündholzfabriken abzudeckenden Beträge eines bei der vormaligen Zündholz-Verkaufs-AktG. entstandenen Passivsaldos dürfen nach § 16 Abs. 2 UmsStG. 1926 (§ 17 Abs. 2 UmsStG. 1932) von den Fabriken an den im Steuerabschnitt der Abdeckung vereinnahmten Entgelten abgesetzt werden.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 29. März 1935, V A 221/34 S.)

⟨= RFH. 37, 311.⟩

---

5. Grunderwerbsteuergesetz

83. § 5 Abs. 4 Nr. 4 GrErwStG. Hat bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks ein Miteigentümer in eigenem Namen das Meistgebot abgegeben und dann in einer Erklärung nach § 81 Abs. 3 ZwVerstG. sich selbst und drei anderen von den bisherigen 5 Miteigentümern als diejenigen Personen bezeichnet, für die er geboten habe, so ist er, nachdem diese 4 Miteigentümer den Zuschlag erhalten haben, wegen der Abgabe des Meistgebots insoweit nach § 5 Abs. 3 GrErwStG. steuerpflichtig, als der frühere Anteil des bisherigen 5. Miteigentümers nicht dem Meistbieter, sondern den drei anderen Miteigentümern zugeschlagen worden ist. †)

Bei der Zwangsversteigerung einer Anzahl von Grundstücken war der BeschwF. im Versteigerungstermin vom 7. April 1934 mit seinen in eigenem Namen abgegebenen Geboten von 39 500 *RM* und 750 *RM* Meistbieter geblieben. Die angesteigerten Grundstücke standen damals im Miteigentum 1. von A. (BeschwF.) zu 1/4, 2. von B. zu 1/4, 3. von C. zu 1/4, 4. von D. zu 1/8, 5. von E. zu 1/8.

An den für 750 *RM* angesteigerten Grundstücken waren die OHG. von H. und Z. zu 1/2, die vorbezeichneten fünf Personen zu 1/8, 1/8, 1/8, 1/16, 1/16 als Miteigentümer beteiligt. Am 13. April 1934 erklärte der BeschwF. nach § 81 Abs. 3 ZwVerstG. in notarischer Urkunde, daß er für die oben zu 1, 2, 4 und 5 bezeichneten Personen mit Anteilsberechtigung zu je 1/4 geboten habe. Diese vier Personen erhielten dementsprechend durch Gerichtsbeschluß vom 14. April 1934 zu je 1/4 Anteil für die sämtlichen Grundstücke den Zuschlag.

Die Steuerstelle hat daraufhin nicht nur für einen Teil der Eigentumsübergänge Grunderwerbsteuer festgesetzt, sondern außerdem den BeschwF. auch wegen der Abgabe des Meistgebots als Steuerschuldner in Anspruch genommen. Dem Steueransatz für das Meistgebot ist unter Freilassung der bisherigen Anteile des BeschwF. von 1/4 und 1/8 für die erste Gruppe der Grundstücke ein Betrag von 31 665 *RM* (= 3/4 des ermäßigten Einheitswertes von 42 220 *RM*), für die zweite Gruppe ein Betrag von 656,25 *RM* = 7/8 des Meistgebots zugrunde gelegt. Danach ist die Hauptsteuer auf 3/100 (316,65 + 656,25) = 969,65 *RM* festgesetzt worden.

Einspruch und Ber. des Veranlagten, der die Entstehung einer Steuerpflicht für die Abgabe seines Meistgebots grundsätzlich bestreitet, sind als unbegründet zurückgewiesen worden. Der RBeschw. war teilweise stattzugeben.

Allerdings sind die Ausführungen, mit denen der BeschwF. in seinen zahlreichen Schriftsätzen seinen Rechtsstandpunkt zu begründen versucht, in allen Teilen verfehlt. Zunächst sucht er der vom FinGer. angezogenen Rspr. des RFH. über die Steuerpflicht des Meistgebots einen Sinn zu geben, den sie ganz offensichtlich nicht hat. In dieser Beziehung geben die Ausführungen des BeschwF. dem Senat nach keiner Richtung hin Anlaß, die seiner ständigen Rspr., insbes. in den Urt. v. 24. Jan. 1922: RFH. 8, 247, und II A 166/33 v. 20. April 1934: JW. 1934, 1994 (Mrozek, Steuerkartei, Rechtsspr. 13 zu § 5 Abs. 4 Nr. 4 GrErwStG.) gegebene eingehende Begr. zu erläutern oder zu ergänzen. Noch unverständlicher ist es, wenn der BeschwF. unter Hinweis auf § 13 Satz 2 GrErwStG. zur Begr. seines Standpunktes geltend macht, daß nur entgeltliche Veräußerungsgeschäfte steuerpflichtig seien, daß er aber für die Abgabe der Erklärung aus § 81 Abs. 3 ZwVerstG. von den anderen Miterwerbern keine Gegenleistung erhalten habe. Denn Gegenstand der angefochtenen Besteuerung ist nicht die Erklärung aus § 81 Abs. 3 ZwVerstG., sondern die Abgabe des Meistgebots, das die Gegenleistung für die angesteigerten Grundstücke bildet. Den Vorentsch. ist also ohne weiteres darin beizutreten, daß mit der Erteilung des Zuschlags der BeschwF. wegen des von ihm in eigenem Namen abgegebenen Meistgebots nach § 5 Abs. 3 GrErwStG. insoweit steuerpflichtig geworden ist, als er durch seine Erklärung aus § 81 Abs. 3 ZwVerstG. bewirkt hat, daß der Zuschlag nicht ihm als Meistbieter allein, sondern zugleich zu 3/4 den drei anderen von ihm bezeichneten Personen erteilt worden ist.

Teilweise begründet ist jedoch der vom BeschwF. auf Grund des § 23 Abs. 1 b Nr. 2 GrErwStG. rechtzeitig gestellte Erlaßantrag, auf den das FinGer. überhaupt keine Rücksicht genommen hat. Da nach der angeführten ständigen Rspr. des RFH. die Abgabe des Meistgebots hinsichtlich der Besteuerung aus § 5 GrErwStG. einem schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäft gleichzustellen ist, kann im vorl. Falle, wo der BeschwF. in seiner Erklärung aus § 81 Abs. 3 ZwVerstG. drei der früheren Miteigentümer benannt hat, hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 23 Abs. 1 b Nr. 2 GrErwStG. keine andere Beurteilung Platz greifen, als wenn der BeschwF. allein die sämtlichen Grundstücke von ihren Miteigentümern freihändig gekauft und dann die daraus für ihn entstandenen und noch nicht erfüllten Übereignungsansprüche hinsichtlich der früheren Anteile der drei von ihm benannten Miteigentümer durch vereinbarte Aufhebung des Kaufvertrags oder durch Rückkauf wieder zum Erlöschen gebracht hätte. In diesem Sinne hat der Senat bereits in seinem Urteil II A 606/28 v. 18. Jan. 1929 (Mrozek, Steuerkartei, Rechtspr. 10 zu § 23 Abs. 1 b Nr. 2) entschieden. Die Anwendung dieser Grundsätze führt zu folgendem Ergebnisse:

I. Hinsichtlich des dem BeschwF. zugeschlagenen 1/4-Anteils an sämtlichen Grundstücken beider Gruppen ist durch die Erklärung aus § 81 Abs. 3 ZwVerstG. keine andere Rechtsfolge herbeigeführt worden, als sie schon auf Grund des Meistgebots eintreten mußte. Insoweit ist also in Ermangelung eines Kettengeschäfts das Meistgebot nicht steuerpflichtig geworden und daher vom FinGer. mit Recht steuerfrei gelassen worden. (Der Zuschlag dieses 1/4-Anteils ist nur in Höhe von 1/4 — 1/8 = 1/8 des Einheitswerts der zweiten Grundstücksgruppe steuerpflichtig geworden, im übrigen dagegen steuerfrei nach RFH. 21, 148.

II. 1. Der frühere 1/4-Anteil des Miteigentümers B. an der ersten Grundstücksgruppe, auf den der BeschwF. durch sein Meistgebot einen Anspruch erworben hatte, ist infolge seiner Erklärung aus § 81 Abs. 3 ZwVerstG. dem bisherigen Eigentümer wieder zugeschlagen worden. Insoweit hat also das Meistgebot steuerfrei zu bleiben.

2. Dasselbe gilt von den früheren Anteilen der Miteigentümer D. und E. (je 1/8) an der ersten Grundstücksgruppe.

3. Der frühere Anteil des C. an der ersten Grundstücksgruppe (1/4) ist auf dem Wege über den BeschwF. als Meistbieter durch den Zuschlag je zur Hälfte auf D. und E. übergegangen. Insoweit ist bei dem Vorliegen eines Kettengeschäfts der BeschwF. für sein Meistgebot mit der Erteilung des Zuschlags an D. und E. steuerpflichtig geworden. § 23 GrErwStG. greift insoweit nicht Platz.

III. Entsprechendes gilt von der zweiten Grundstücksgruppe, bei der das Meistgebot in Höhe der früheren Anteile der OHG. (1/2) und des C. (1/8), soweit sie nicht auf den BeschwF. selbst (zu 1/8) übergegangen sind (s. oben unter I), steuerpflichtig geworden ist.

Hiernach war unter Aufhebung der Vorentsch. die für das Meistgebot zu erhebende Steuer.

a) bei der ersten Grundstücksgruppe nach einem Steuerwerte von 42 220/4 = 10 555 *RM*,

b) bei der zweiten Grundstücksgruppe nach einem Steuerwerte von 4/8 X 750 = 375 *RM*, insgesamt also auf 3/100 (10 555 + 375) = 327,90 *RM* festzusetzen.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 8. März 1935, II A 427/34.)

Anmerkung: Ein außerordentlich erfreuliches Erkenntnis! Sind mehrere Personen Miteigentümer eines Grundstücks und kommt das Grundstück zur Gläubiger- oder Teilungszwangsversteigerung, so erwirbt häufig einer der Miteigentümer das Grundstück. In diesem Falle bleibt der auf den Miteigentümer entfallende Grundstücksanteil grunderwerbsteuerfrei, obwohl nach bürgerlich-rechtlicher Auffassung das Miteigentum des Erwerbers an dem Grundstück durch den Zuschlag verlorengeht und er gleichzeitig neues Eigentum durch den Zuschlag erwirbt (RFH. 21, 148).

Erwerben nun die mehreren Miteigentümer das Grundstück in der Zwangsversteigerung nicht selbst, sondern durch einen Treuhänder und überträgt der Treuhänder das Grundstück auf die Miteigentümer zurück, so entsteht keine Grunderwerbsteuer, weil die Übertragung vom Treuhänder auf die Voreigentümer als Rückgängigmachung des Eigentumserwerbs durch den Treuhänder vom RFH. aufgefaßt wird. Dadurch wird bei Zwangsversteigerungen den Vollstreckungsschuldnern ermöglicht, das Grundstück grunderwerbsteuerfrei durch einen Treuhänder ersteigern und alsdann sich selbst in das Grundbuch eintragen zu lassen, was namentlich bei Teilungsversteigerungen von großer praktischer Bedeutung ist. Es wäre zu hoffen, wenn darüber hinaus sich der RFH. entgegen seiner ständigen Rspr. oder der Gesetzgeber entschließen könnte, überhaupt Erwerbe eines Grundstücks durch einen Treuhänder als Erwerb durch den Treugeber zu behandeln, wofür seit vielen Jahren von Anwaltsseite gekämpft wird.

RA. Dr. Heinz Meilicke, Berlin.

6. Stempelsteuerrecht

84. § 3 Abs. 1 TarNr. 1 PrStempStG.; § 69 VVG. v. 30. Mai 1908 (RGBl. 263). Werden in Sicherungsübereignungsverträgen über bereits versicherte Gegenstände die Rechte aus den Versicherungen an die Erwerber abgetreten, so unterliegen diese Abtretungen dem Stempel der TarNr. 1 PrStempStG., wenn aus dem Urkundeninhalt der Wille der Beteiligten erkennbar ist, trotz und neben dem gesetzlichen Übergang der Rechte aus den Versicherungen nach § 69 VVG. v. 30. Mai 1908 (RGBl. 263) noch eine besondere Abtretung zu erklären.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 2. März 1935, II A 186/34 S.)
<= RFH. 37, 236.>

7. Doppelbesteuerungsverträge

× **85.** Art. II des deutsch-österreichischen Doppelbesteuerungsvertrages v. 23. Mai 1922. Ein in Deutschland wohnender Steuerpflichtiger kann von seinem inländischen Einkommen Einkommensverluste aus Grundbesitz in Österreich nicht abziehen.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 26. Juni 1935, VI A 414/35.)

Preußisches Oberverwaltungsgericht

Berichtet von Senatspräsident v. Kries, Berlin

86. Polizeiverfügung. § 1 Ges. über Errichtung eines Geh. Staatspolizeiamts v. 26. April 1933 (GS. 122); §§ 1 bis 5 Ges. über die Geh. Staatspolizei v. 30. Nov. 1933 (GS. 413). Mit Inkrafttreten des Ges. über die Geh. Staatspolizei v. 30. Nov. 1933 ist die in § 1 Abs. 3 Ges. über Errichtung eines Geh. Staatspolizeiamts v. 26. April 1933 getroffenen Bestimmungen weggefallen, der zufolge die Verfügungen des Geh. Staatspolizeiamts nach den Vorschriften des PolVerwG. über die Anfechtung landespolizeilicher Verfügungen angefochten werden konnten. Rechtsnatur des Geh. Staatspolizeiamts nach dem Ges. über die Geh. Staatspolizei v. 30. Nov. 1933.

Am 23. Aug. 1934 wurde dem ersten Vorsitzenden eines Vereins in F. durch Beamte des GehStaatsPolA. eröffnet, daß das Vermögen des Vereins zwecks etwaiger Beschlagnahme sichergestellt werde. Die deshalb vom Verein gegen das GehStaatsPolA. in Berlin beim BezVerwGer. daselbst erhobene Klage wurde durch Bescheid wegen Unzulässigkeit des VerwStrVerf. abgewiesen. Der Rev. versagte das OVG. den Erfolg.

Zutreffend hat der angefochtene Bescheid die Entsch. des vorl. Rechtsstreits von der Frage der Zulässigkeit der Klage im VerwStrVerf. abhängig gemacht und demgemäß die Klage als unzulässig abgewiesen. Nach dem vom Vorderrichter angeführten Aufzählungs-(Enumerations-)Grundsatz findet die Klage im VerwStrVerf. nur statt, wenn sie durch eine Gesetzesbestimmung ausdrücklich zugelassen ist. Der im PolVerwG. geordnete Rechtsmittelzug betrifft nach dem Wortlaut des Gesetzes nur die von den ordentlichen, d. h. den Orts-, Kreis- oder Landespolizeibehörden erlassenen polizeilichen Verfügungen. Von einer ordentlichen Polizeibehörde war die hier streitige Beschlagnahmeverfügung nicht erlassen; sie ging vielmehr aus von dem GehStaatsPolA., so wie dessen rechtlicher Aufbau durch das Ges. v. 30. Nov. 1933 geregelt worden war.

Mit diesem Gesetz wurde dem GehStaatsPolA. ein behördlicher Charakter aufgeprägt, der sich grundsätzlich von dem ihm bei seiner Errichtung durch Ges. v. 26. April 1933 verliehenen unterscheidet. Nach dem letztgenannten Gesetz sollte das GehStaatsPolA. auf politischem Gebiete „neben den oder an Stelle der ordentlichen Polizeibehörden" tätig werden und „die Stellung einer Landespolizeibehörde" besitzen. Ob das so gekennzeichnete, neu geschaffene Amt als eine Sonderpolizeibehörde i. S. §§ 2 Abs. 2, 8 PolVerwG. anzusehen war, kann dahingestellt bleiben; insbes. bedarf dies, soweit es sich um die Frage der Rechtsmittel handelt, keiner Prüfung, weil insoweit durch § 1 Abs. 3 des Gesetzes ausdrücklich eine Regelung nach Maßgabe der Best. des PolVerwG. über die Anfechtung landespolizeilicher Verfügungen getroffen war. Wesentlich für die ursprüngliche Rechtsnatur des GehStaatsPolA. war aber, daß seine Stellung innerhalb des Behördenaufbaues durch seine gesetzliche Unterordnung unter den MdJ. (§ 1 Abs. 1 Satz 2) eindeutig, und zwar i. S. einer Eingliederung in den Geschäftsbereich dieses Ministers gelegt worden war. In unmittelbarer Unterstellung unter diesen Minister übernahm es auf politischem Gebiete die Aufgaben des bisherigen LKrimPolA. beim PolPräs. in Berlin; als seine Hilfsorgane wurden „Staatspolizeistellen" tätig, die an die Stelle der bisherigen Landeskriminalpolizeistellen traten, aber ausdrücklich „Organe der Landespolizeibehörden" blieben (vgl. Erl. des MdJ. v. 26. April 1933 [MBliV. 503]).

Dieser Rechtszustand änderte sich, wie das BezVerwGer. ebenfalls zutreffend erkannt hat, mit der Schaffung der „Geheimen Staatspolizei". Mit ihr entstand eine Behördenorganisation, die zufolge ausdrücklicher gesetzlicher Best. eine Stellung außerhalb des Zuständigkeitsbereichs des für die Wahrnehmung der Polizei regelmäßig zuständigen MdJ. einnahm. § 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 Ges. v. 30. Nov. 1933 besagen: „Die Geheime Staatspolizei bildet einen selbständigen Zweig der inneren Verwaltung. Ihr Chef ist der MinPräs." Der Begriff der „inneren Verwaltung" ist hier nicht in dem heute üblichen Sinne gebraucht, wonach dieses Wort die ressortmäßige Zugehörigkeit zum Zuständigkeitsbereich des MdJ. bezeichnet — etwa im Gegensatz zur „Handelsverwaltung", „Unterrichtsverwaltung" usw. Die Bezeichnung „innere Verwaltung" wird hier vom Gesetzgeber vielmehr in der ursprünglichen Bedeutung des Wortes verwendet, die ihm bei Begr. der fünf Ressortministerien durch die Steinsche Reformgesetzgebung i. J. 1808 beigelegt wurde, wonach die „innere" — späterhin mehrfach unterteilte — Verwaltung alle diejenigen Staatsgeschäfte umfaßte, die nicht den Finanz-, Auswärtigen, Kriegs- oder Justizangelegenheiten zuzurechnen waren (vgl. Publikandum v. 16. Dez. 1808; Nov. Corp. Const. XII, 1808, 527)

Die organisatorische Verselbständigung der Geheimen Staatspolizei kommt einmal in ihrer Unterstellung als Ganzes unter den MinPräs. und sodann in der Schaffung besonderer, mit eigenen Namen bezeichneter Behörden zum Ausdruck. Mit der laufenden Wahrnehmung der Geschäfte des Chefs ist der „Inspekteur der Geheimen Staatspolizei" berufen (§ 1 Abs. 1 Satz 3 Ges. vom 30. Nov. 1933). Dieser ist gleichzeitig Leiter des „GehStaatsPolA." (§ 1 Abs. 3 a. a. O.), das die Aufgaben der Geheimen Staatspolizei für das gesamte Staatsgebiet wahrnimmt (§ 1 Abs. 1 zu a DurchfVO. v. 8. März 1934). Außerdem bestehen „Staatspolizeistellen" für die Landespolizeibezirke (§ 1 Abs. 1 zu b DurchfVO.) und „Außendienststellen der Staatspolizeistellen" (§ 1 Abs. 4 DurchfVO.). Über die „Staatspolizeistellen" ist allerdings gesagt, daß sie den RegPräs., in Berlin dem PolPräs., „unterstellt" seien, mit denen sie in unmittelbarer Geschäftsverbindung stehen sollen (§ 1 Abs. 3 DurchfVO.), doch ist nach Lage der Sache damit offenbar nur eine Unterstellung des Dienstbetriebs in formeller Hinsicht unter die Aufsicht dieser Stellen gemeint, während sich deren sachlicher Einfluß darauf beschränkt, daß die Leiter der Staatspolizeistellen etwaigen „Wünschen" des RegPräs. zu entsprechen haben (Nr. 5 Erl. v. 8. März 1934 [MBliV. 469]). Einnahmen und Ausgaben der Geheimen Staatspolizei werden zwar im Haushalt des MdI., jedoch gesondert, veranschlagt; über die betreffenden Mittel verfügt der MinPräs. (§ 2 DurchfVO.). In *sachlicher* Beziehung bezeichnet § 2 Ges. als Angelegenheiten der Geheimen Staatspolizei „die von den Behörden der allgemeinen und inneren Verwaltung wahrzunehmenden Geschäfte der politischen Polizei", und § 3 Abs. 1 bestimmt, daß die bisher von dem MdI. wahrgenommenen Geschäfte der politischen Polizei mit dem Inkrafttreten des Gesetzes auf das GehStaatsPolA. übergehen. Nach § 3 Abs. 2 haben die Landes-, Kreis- und Ortspolizeibehörden in den Angelegenheiten der Geheimen Staatspolizei den Weisungen des GehStaatsPolA. Folge zu leisten.

Nach allem ergibt sich für die rechtliche Natur des GehStaatsPolA. seit Inkrafttreten des Ges. v. 30. Nov. 1933 folgendes: Das Amt ist Glied einer besonderen Behördenorganisation, der „Geheimen Staatspolizei", welche einen selbständigen Zweig der preußischen Staatsverwaltung bildet. Es hat, wie die Geheime Staatspolizei als Ganzes, ein besonderes sachliches Aufgabengebiet: die Wahrnehmung von Geschäften der politischen Polizei. Damit sind die Kennzeichen einer „Sonderpolizeibehörde" i. S. der §§ 2 Abs. 2, 8 PolVerwG.: eine aus der Organisation der ordentlichen Polizeibehörden herausgelöste behördliche Stellung, verbunden mit einer polizeilichen Sonderaufgabe, gegeben. Dem geschlossenen Kreise der ordentlichen Polizeibehörden nach § 2 Abs. 1 PolVerwG., d. h. der Landes-, Kreis- und Ortspolizeibehörden, kann es um so weniger zugerechnet werden, als es ihnen gegenüber nach der erwähnten Vorschr. des § 3 Abs. 2 Ges. v. 30. Nov. 1933 vielmehr die Stellung einer Zentralbehörde einnimmt.

Aus der so gekennzeichneten Eigenschaft des GehStaatsPolA., das sich nunmehr zweifelsfrei als eine Sonderpolizeibehörde darstellt, ergibt sich, daß seine Verfügungen, wie oben ausgeführt, den Best. des PolVerwG. über den Rechtsmittelzug nicht unterliegen. Da auch das Ges. v. 30. Nov. 1933 eine Anfechtung durch Klage im VerwStrVerf. nicht vorsieht, so ist dem Betroffenen nur der allgemeine Rechtsbehelf der Beschw. im Aufsichtswege gegeben. Aus § 5 des Gesetzes, nach welchem die Best. des früheren Gesetzes insoweit außer Kraft traten, als sie ihm entgegenstanden, im übrigen also als fortgeltend zu behandeln sind, kann etwas Gegenteiliges nicht gefolgert werden. Denn wenn § 1 Abs. 3 des früheren Gesetzes eine Anfechtung der Verfügungen des GehStaatsPolA. nach den für landespolizeiliche Verfügungen geltenden Best. zuließ, so war dies eine Folge seiner damaligen, nun aber grundlegend geänderten organisatorischen Stellung. Der — übrigens nicht zutreffende — Hinweis des Kl., daß bei Wegfall des § 1 Abs. 3 keine Best. aus dem Ges. v. 26. April 1933 übrig bleibe, die nicht nach § 5 Ges. v. 30. Nov. 1933 außer Kraft getreten wäre, genügt nicht, um demgegenüber die Absicht einer Fortgeltung jener Best. wahrscheinlich zu machen.

Wieweit auch die Verfügungen der übrigen Organe der Geheimen Staatspolizei, insbes. diejenigen der dem GehStaatsPolA. unterstellten Staatspolizeistellen, weil gleichfalls Sonderpolizeibehörden, von der Anfechtung im VerwStrVerf. ausgenommen sind, steht hier nicht zur Entsch.; doch sei bemerkt, daß die Verneinung einer solchen Anfechtbarkeit in dem angefochtenen Bescheide durchaus folgerichtig erscheint. Die in der Entsch. des BezVerwGer. weiterhin erörterte Frage, ob mit dem Inkrafttreten des Ges. vom 30. Nov. 1933 auch Klagen gegen Verfügungen des GehStaatsPolA., die *vor* Ergehen dieses Gesetzes erlassen wurden, unzulässig geworden sind und ob das Verfahren, soweit solche Klagen bereits angestrengt waren, eingestellt werden mußte, ist in dem vorl. Zusammenhang ohne Belang und kann daher unbeantwortet bleiben. Für den hier zu entscheidenden Streitfall ergibt sich jedenfalls, daß die erhobene Klage unzulässig war und daher durch den angefochtenen Bescheid zutreffend abgewiesen worden ist. Ergänzend sei zu den entsprechenden Erörterungen in den Akten nur bemerkt, daß die Eigenschaft der angefochtenen Verfügung als einer „politischen" allein nicht genügen würde, ihre Anfechtbarkeit im regelrechten Rechtsmittelverfahren auszuschließen, und zwar auch dann nicht, wenn sie auf der Rechtsgrundlage der VO. des RPräs. v. 28. Febr. 1933 (RGBl. I, 83) erlassen ist (vgl. Urt. des Sen. v. 25. Okt. 1934: JW. 1935, 1272).

(PrOVG., 3. Sen., Urt. v. 2. Mai 1935, III C 43/35.)

*

87. Kirchenbaulast. §§ 574, 710—712, 740 II 11 ALR.; §§ 665, 666 I 9 ALR. *Beim Erwerb eines Patronats durch erwerbende Verjährung (Ersitzung) kann der Umfang der Patronatsbaulast durch die tatsächliche Übung bei den Ersitzungshandlungen nicht nur eingeschränkt, sondern auch erweitert werden.*

I. Streitig ist zwischen der klagenden katholischen Kirchengemeinde ad St. Johannem in L. und dem preuß. Staat, ob der Fiskus bei Unzulänglichkeit des Kirchenvermögens die Baulast für die St.-Johannes-Kirche in L. und das dazugehörige Kollegiatgebäude, soweit es als Pfarrhaus dient, nicht nur in dem gesetzlichen Umfange anteilmäßig, sondern *allein* zu tragen hat. Die Kl. stützt sich auf mehrere Gründe: Matrikel, Anerkenntnis, Ersitzung und Observanz. Wenn nur *einer* dieser Gründe den Anspruch rechtfertigt, so ist der Kl. stattzugeben. Der Bezirksausschuß hat sämtliche Gründe für nicht stichhaltig erklärt und demgemäß die Kl. abgewiesen. Daraus folgt, daß, wenn auch nur in bezug auf einen der Gründe die Entsch. des BezAussch. auf Rechtsirrtum oder auf einem wesentlichen Verfahrensmangel beruht, die Entsch. des BezAussch. aufzuheben ist.

Es kann nun dahingestellt bleiben, ob die Ausführungen des BezAussch. über die Matrikel und das bei ihrer Aufstellung abgegebene Anerkenntnis zutreffend sind; denn jedenfalls beruht das Urt. des BezAussch. insoweit auf Rechtsirrtum, als es die Entstehung der streitigen Verpflichtung des Fiskus auf Grund von *Ersitzung* verneint. Der BezAussch. geht dabei von der Ansicht aus, daß es gleichgültig sei, ob der Fiskus während der 44jährigen Ersitzungszeit mehr geleistet habe, als er als Patron zu leisten nach dem Gesetz verpflichtet war. Zunächst sei durch die Ersitzung jedenfalls nur ein Patronatsverhältnis entstanden, dessen Inhalt in den §§ 568 bis 617 II 11 ALR. geregelt sei. Erst nach Vollendung der Ersitzung hätte sich eine ununterbrochene Gewohnheit bilden können, welche die Baulastpflicht des Patrons in einer für ihn ungünstigeren Weise, als dies im § 740 a. a. O. bestimmt sei, veränderte. Diese Rechtsauffassung ist nicht zutreffend.

Wie der Gerichtshof in ständiger Rspr. (vgl. OVG. 91, 87 ff., 97/98), übrigens in Übereinstimmung mit den Ausführungen eines Vertreters des Kultusministers als Kommissars des öffentlichen Interesses, entschieden hat, gilt für das Patronatsrecht der Grundsatz: „quantum possessum tantum praescriptum" (zu vgl. auch OVG. 93, 68 ff., 74). Demnach kann, wie in OVG. 91, 87 ff., 98 näher ausgeführt ist, wenn überhaupt Patronatsrechte und -pflichten durch erwerbende Verjährung begründet worden sind, nicht ohne weiteres der gesetzliche Umfang von Rechten und Pflichten eingetreten sein, sondern es muß auf die tatsächliche Übung zurückgegriffen und aus ihr der Inhalt des Rechtsverhältnisses bestimmt werden. Dies folgt vor allem daraus, daß durch § 710 II 11 ALR. Abweichungen von den Vorschr. des ALR. über den Inhalt der Patronatsbaulast nicht nur beibehalten, sondern auch für die Zukunft zugelassen worden sind. Dem steht auch nicht etwa der Wortlaut des § 710 II 11 ALR. entgegen, in welchem nur Verträge, rechtskräftige Erkenntnisse, ununterbrochene Gewohnheiten oder besondere Provinzialgesetze als gegenüber der gesetzlichen Regelung bestehenbleibend genannt werden. Denn diese Aufzählung ist keine vollständige; vielmehr sind die dort genannten Rechtsquellen offenbar nur als die am häufigsten vorkommenden Beispiele genannt, wie der folgende § 711 a. a. O. ergibt, der die gesetzliche Regelung als eine subsidiäre nur insoweit eintreten läßt, als es an „dergleichen" besonderen Best. ermangelt. Zu den besonderen Best., welche der subsidiären gesetzlichen Regelung in den §§ 712 ff. a. a. O. vorgehen, müssen auch die nach §§ 665, 666 I 9 ALR. allgemein für die Verjährung geltenden Vorschr. gerechnet werden. Das geht schon daraus hervor, daß kein Grund dafür ersichtlich ist, gegenüber der zweifellos nach § 710 II 11 ALR. bestehen bleibenden *vertraglichen* Regelung des Inhalts des Patronatsrechts der auf allgemeinen *gesetzlichen* Vorschr. des ALR. selber beruhenden Regelung geringere Kraft zuzuerkennen. Überdies erübrigte sich eine nochmalige besondere Erwähnung der Verjährung in dem § 710 II 11 ALR., weil die Verjährung bereits ausdrücklich in § 574 II 11 ALR. ohne jede Einschränkung als Erwerbsgrund des Patronats aufgeführt war. Es hätte vielmehr umgekehrt einer besonderen Erwähnung bedurft, wenn irgendwelche auf die Verjäh-

rung (Ersitzung) bezüglichen Vorschr. nicht hätten anwendbar sein sollen.

Daß endlich der Grundsatz „tantum praescriptum, quantum possessum“ nicht nur dann gilt, wenn, wie in den früheren, oben angeführten Entsch., eine Verminderung der Lasten des Patrons in Frage kommt, sondern auch dann, wenn es sich um eine Vermehrung dieser Lasten handelt, folgt aus der landrechtlichen Auffassung des Patronats als eines Rechtsinstituts, welches Rechte und Pflichten gleichermaßen für beide Teile, Kirche und Patron, in sich schließt. Wenn im § 666 I 9 ALR. gesagt ist, daß das Eigentum an einem Recht sich niemals weiter erstreckt, als der Besitz selbst gegangen ist, so liegt darin auch der Satz enthalten, daß das Eigentum an einem Rechte sich so weit erstreckt, als der Besitz gegangen ist. Das Recht der Kirche auf die Leistungen des Patrons fällt darunter, ebenso wie umgekehrt das Recht aus dem Patronat gegenüber der Kirche.

Ein weiterer Rechtsirrtum des BezAussch. liegt darin, daß er annimmt, eine Ersitzung der vollen Baupflicht könne nach der Einführung des BGB. nicht mehr erfolgen. Der BezAussch. hält hier zunächst anscheinend zwei Dinge nicht auseinander: die Ersitzung (Verjährung), welche einen Rechtstitel für ein subjektives Recht bildet, und die ununterbrochene Gewohnheit (Observanz), welche objektives Recht für einen gewissen Personenkreis schafft. Die erstere, die Ersitzung, ist nur möglich, solange ein Patronat nicht besteht. Der Inhalt des ersessenen Patronats richtet sich dann nach der tatsächlichen Übung während der Ersitzungszeit. Ist das Patronat einmal erworben, so kommt eine Abänderung seines Inhalts nicht mehr durch Ersitzung, sondern nur noch durch ununterbrochene Gewohnheit, also Observanz, in Frage. Aber weder die Ersitzung des Patronats noch die Entstehung einer Observanz über den Inhalt des Patronats wird durch die Einführung des BGB. beeinflußt; denn nach Art. 132 EGBGB. werden durch die Einführung des BGB. die landesgesetzlichen Vorschr. über die Kirchenbaulast nicht berührt. Damit sind, wie auch die Motive zum Entw. eines EGBGB. ausführen, sämtliche Vorschr., welche die Materie „Kirchenbaulast“ berühren, dem Landesrecht zugewiesen. Dazu gehören aber sowohl die Vorschr. über den Erwerb des Patronats durch Verjährung (Ersitzung) als auch diejenigen über die Bildung von Observanzen über bestehende Patronate.

Aber auch noch in einer weiteren Hinsicht ist die Entsch. des BezAussch. rechtsirrig. Sie verneint die Entstehung einer „ununterbrochenen Gewohnheit“ mit der Begr., daß eine solche zwischen der Kirchengemeinde und dem Einzelpatron, der, wie der Fiskus, nicht Mitglied der Kirchengemeinde ist, überhaupt nicht möglich sei. Dies ist nicht zutreffend. Es ist zwar richtig, daß eine ununterbrochene Gewohnheit (Observanz) zwischen zwei verschiedenen Personen nicht entstehen kann. Soweit sich daher die Kirchengemeinde und der Patron als Berechtigte und Verpflichtete gegenüberstehen, kann sich zwischen ihnen eine Observanz nicht bilden. Ein solches Verhältnis besteht aber nicht in dem hier vorl. Falle der Baulastpflicht zwischen Patron und Kirchengemeinde. Beide bilden vielmehr eine Gemeinschaft, der die Bauunterhaltung der kirchlichen Anstalt obliegt. Innerhalb einer solchen Gemeinschaft ist aber die Bildung einer Observanz für zulässig zu erachten. Etwas anderes hat auch die vom Bekl. für die gegenteilige Ansicht in Anspruch genommene Anm. 97 vorletzter Abs. bei Koch, ALR., 8. Aufl., zu § 710 II 11 nicht zum Ausdruck gebracht. Vielmehr ist kein Zweifel, daß der Inhalt des Patronatsrechts durch eine zwischen der Kirche und dem Fiskus als dem Patron entstehende Observanz abweichend von den landrechtlichen Vorschr. bestimmt werden kann (vgl. OVG. 90, 243 ff., 248; 91, 87 ff., 98; 93, 76 ff., 79).

Wegen der vorgenannten Verstöße gegen das bestehende Recht unterlag die Entsch. des BezAussch. der Aufhebung. Bei freier Beurteilung ist die Sache spruchreif.

II. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Anspruch der Kl. aus dem Anerkenntnis oder aus der Kirchenmatrikel gerechtfertigt ist...

In der Matrikel ist unter Rubr. V A 1 die Verpflichtung des Fiskus niedergelegt, die „Kirche nebst Kollegiengebäude“ „bei Insuffizienz des Kirchenvermögens allein im Baustande zu erhalten“...

Demgegenüber behauptet der bekl. Fiskus, die Angaben der Matrikel über die Begr. der Baulast seien falsch.

III. Es kommt aber auf die Beweiskraft der Matrikel nicht an. Denn jedenfalls ist nach dem Inhalt der Matrikel nahezu ein Jahrhundert lang verfahren worden und damit das Patronat, dessen Erwerb durch Ersitzung nach § 574 II 11 ALR. der Fiskus nicht bestritten hat, in dem von Kl. behaupteten Umfange ersessen worden.

Für den streitigen Umfang des ersessenen Rechtes kommt es entscheidend darauf an, wie bei vorgekommenen Baufällen die Beteiligten (Kirchengemeinde und Patron) hinsichtlich der Baulast sich verhalten haben. Eine Zusammenstellung sämtlicher Baufälle bzgl. der Kirche und der dazugehörenden Gebäude ist in den Akten des Kultusministeriums als Anlage eines Berichts der Regierung zu L. v. 24. Juli 1922 enthalten. Aus ihr ergibt sich folgendes: Als Anlage C sind, beginnend mit dem 9. April 1836 und endigend mit dem 1. Aug. 1921, insgesamt 211 Baufälle aufgeführt, in welchen der Staat aus dem Patronatsbaufonds die Bauunterhaltungskosten für die Kirche und das Pfarrgebäude allein getragen hat. Als Grund für die Verpflichtung ist bei der Bewilligung der Gelder in 67 Fällen überhaupt nichts gesagt, in 118 Fällen Observanz oder Gewohnheit angegeben. In den übrigen Fällen ist teils angegeben „als Patron“ (achtmal), teils „als Rechtsnachfolger des säkularisierten Jesuitenklosters“ (siebenmal), teils „nicht feststellbar“ (elfmal). Die Frage des Rechtsgrundes, welcher für die Zahlung seitens des Fiskus maßgebend war, ist zwar möglicherweise wesentlich, falls es sich um die Frage der Observanzbildung handelt. Es würden dann diejenigen Fälle auszuscheiden haben, in welchen die irrtümliche Überzeugung bestand, daß die Übung auf einer Verpflichtung des geschriebenen Rechtes beruhe. Bei der Frage der Ersitzung kommt es aber lediglich auf die tatsächliche Ausübung des von der Gegenseite in Anspruch genommenen Rechtes an. Das hat auch der Fiskus in seinen Schriftsätzen anerkannt. Denn er versucht, den Gegenbeweis gegen den von der Kirchengemeinde behaupteten Ersitzungsumfang dadurch zu führen, daß er sich auf 39 Fälle beruft, in welchen er in der genannten Zeit die Baukosten nicht getragen hat (Anl. B des Berichts v. 24. Juli 1922). Es handelt sich also im wesentlichen darum, ob diese 39 Fälle geeignet sind, darzutun, daß der Fiskus während der Ersitzungszeit die Baulast nicht in vollem Umfange getragen habe.

Diese Frage ist zu verneinen. (Es folgen diesbegründende tatsächliche Ausführungen.)

Mit diesen Fällen sind außer 107 von der Regierung selber angegebenen Fällen, in welchen der Fiskus die volle Baulast in den Jahren 1836—1894 getragen hat, diejenigen Fälle erschöpft, aus welchen der Fiskus ein Unterbrechen der Ersitzungshandlungen in den Jahren 1836—1894 herleiten will. Später hat der Fiskus bis 1908 die volle Baulast ohne Ausnahme getragen. Aus dem vorher Gesagten ergibt sich jedoch, daß sein Einwand, die Ersitzung sei unterbrochen, nicht durchgreift. Denn in sämtlichen Fällen hat der Fiskus die Zahlung nicht mit der Begr. abgelehnt, daß er über den gesetzlichen Umfang hinaus Kosten nicht zu tragen habe, sondern er hat ausdrücklich oder stillschweigend auch in allen diesen Fällen anerkannt, daß er bei Insuffizienz die Baulast allein zu tragen gehabt hätte. Daraus ergibt sich, daß die Ersitzungszeit, mag sie nun im Jahre 1836, dem Jahre, in welchem der Fiskus nachweisbar zum erstenmal die Bauunterhaltung getragen hat, oder erst später, insbes. im Jahre 1840 nach Aufhebung der sog. Styloschen Observanz, begonnen haben, jedenfalls im Jahre 1884 abgelaufen war. In den dazwischenliegenden 44 Jahren ist der Fiskus stets als ein Patron aufgetreten, der bei Insuffizienz der Kirchenkasse die volle Bauunterhaltungslast zu tragen hat. Damit hat das Patronat durch tatsächliche Übung in der 44jährigen Verjährungszeit und mehrere Jahrzehnte darüber hinaus den Inhalt erhalten, daß der Patron bei Insuffizienz des Kirchenvermögens die volle Baulast für das in dem Klageantrage benannte Kirchengebäude sowie das daranstoßende Kollegiatgebäude mit den in dem geänderten Klageantrage aufgeführten Ausnahmen zu tragen hat. Auf die später folgenden Baufälle kam es sonach nicht mehr an. Vielmehr genügt der angegebene Zeitraum, um den Tatbestand der Ersitzung zu verwirklichen und damit den Klageanspruch (Streitpunkt 1) als begründet erscheinen zu lassen.

Es erübrigt sich daher, auf die Frage einzugehen, ob die Kirchengemeinde etwa durch Observanz die volle Baulastpflicht des Fiskus erworben hat. Es sei aber darauf hingewiesen, daß infolge der ständigen Übernahme der vollen Baulast durch den Fiskus nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen auch dieser Entscheidungsgrund zu bejahen sein wird. Wenn der RegPräs. wiederholt darauf hingewiesen hat, daß er sich im Irrtum über die Grundlage der Verpflichtung des Fiskus befunden habe, so hindert das die Entstehung der Observanz nicht, da er niemals sich in dem allein die Entstehung der Observanz ausschließenden Rechtsirrtum befunden hat, zur Tragung der Kosten auf Grund des geschriebenen Rechts verpflichtet zu sein.

(PrOVG., 8. Sen., Urt. v. 6. Nov. 1934, VIII C 48/30.)

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18II. Stellvertreter: Carl-Herbert Wechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Für die Anzeigen verantwortlich in Vertr.: H. Schlüßler, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — Durchschnittsaufl. 2. Vj. 35: 21235.